

حَقُّ الزَّوْجَيْنِ

في طلب التفريق بينهما بالعيوب
في الشريعة الإسلامية
وقانون الأحوال الشخصية

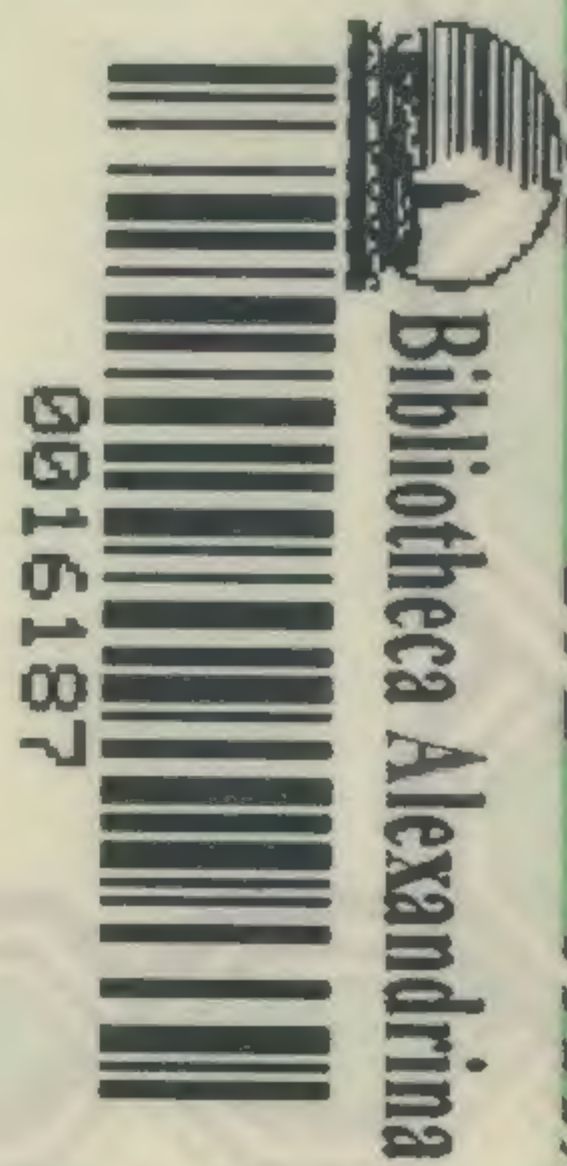
إعداد

الدكتور / فؤاد جاد الكريم محمد

المدرس المساعد بكلية الشريعة والقانون بأسسوط

الأستاذ / عبد الصبور خلف الله محمد

القاضي بمحكمة المنيا الابتدائية



حَقُّ الزَّوْجَيْنِ

في طلب التفريق بينهما بالعيوب
في الشريعة الإسلامية
وقانون الأحوال الشخصية

إعداد

الدكتور / فؤاد جاد الكريم محمد

المدرس المساعد بكلية الشريعة والقانون بأسبوط

الاستاذ / عبد الصبور خلف الله محمد

القاضي بمحكمة النجاة الابتدائية

الناشر
مكتبة مدبولي

بسم الله الرحمن الرحيم

أخي القارئ :

أختي القارئة :

**ان شراءك نسخة من هذا الكتاب الهام هو اسهام منك بقيمتها في
سبيل ما اوقف عليه دخله من وجوه البر .**

بسم الله الرحمن الرحيم

« ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة • ان في ذلك لآيات لتوم يتفكرون »

قرآن كريم

« أنظر إليها فان في أعين الانصار شيئا »

حديث شريف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

الحمد لله رب العرش العظيم ونستعينه ونستهديه ونستغفره
ونتوب اليه • ونتوكل عليه توكل العارفين • ونصلي ونسلم على خير
خلقه قاطبة محمد النبي الامى وعلى آله صحبه أجمعين •

وبعد

لقد كرم الله الانسان وأعلى شأنه وسمى به الى أرفع درجات
التعظيم والتكريم فقال سبحانه :

« ولقد كرّمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من
الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلّطنا تفضيلا » (١) •

فالانسان هو لبنة الاسرة والاسرة نواة المجتمع يقوى بتماسكها
ويضعف بضعفها •

لذا حظيت الاسرة — فى شريعة الاسلام منذ مهد الرسالة
المحمدية الى مطلع هذا اليوم — بما لم تحظ به فى شريعة سبقت أو
تانون لحق •

فلقد أكد الاسلام على وجوب توافر المودة والالفة والرحمة بين أفراد الاسرة • وعمل على تحقيقها بما وضع من نظام شرعه حكيم عليم • خاطب به القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة جميع العقول • من هنا كانت شريعة محمد عليه الصلاة والسلام هي شريعة الله • وصلاح العباد ومرهون بأن تسير سفينة حياتهم في انسجام مع شرع الله وسننه • وألا يتصادم سلوكهم مع شرع الله •

وبذا تكون الشريعة الاسلامية بمبادئها وقواعدها وأحكامها صالحة لكل زمان ومكان • فهي الباقية الدائمة التي تجيب حاجة كل طالب بما شملت من تشريعات تنزه واضعها عن الميل لهوى النفس وسلطان الرغبة ومن عظيم توجيهات المشرع الحكيم قوله تعالى :

« ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة • ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » •

وقد حثت السنة النبوية على الزواج ورغبت فيه ودعت الى النظر الى المخطوبة بغير حرج من الناظر أو تضرر للمنظور اليها حيث قال صلى الله عليه وسلم : « أنظر اليها في أعين الانصار شيئا » •

والاسلام الى جانب ذلك عنى بالمرأة باعتبارها أساس الاسرة وقد كانت قبله تباع كالمتاع • وتنتهك حرمتها بلا وازع من خلق أو ضمير في جاهلية جهلاء • ولا غرو في ذلك فالاسلام دين الرحمة والعدل والانصاف • لا جور فيه ولا شطط وانما عدل كله ورحمة في مقاصده ومصادره •

ومن هذا المنطلق شرعنا — تسبقنا عناية الله — في اعداد هذا الكتاب باحثين في مسائله بصدق النية واخلاص العزيمة يستنهضنا في ذلك أمران :

أولا :

الرجاء من العلى القدير بأن يجعل هذا العمل المتواضع من الامور التى لا تنقطع بموت الانسان والتى منها العلم النافع •

ثانيا :

كثرة صدور التشريعات الوضعية وانحراف بعضها عن جادة السبيل وتضارب الاحكام المبتناة عليها مما أدخل في نفس الباحث والمشتغل بتطبيق تلك الاحكام في دور القضاء وغيرها الريبة وعدم الاتطع بالاقتناع بما بين يديه من تقنيات بشرية قاصرة •

ولقد عمدنا — عند كتابة هذا الكتاب — الى استخلاص الراجح من الاحكام الشرعية التى اجتهد فيها الفقهاء •

ولقد رجعنا في كل ما تم تدوينه الى أمهات الكتب الشرعية لمختلف المذاهب الفقهية • مع الاستعانة ببعض الموسوعات والكتب القانونية •

هذا ولم يفتنا التعقيب على بعض المسائل القانونية لبيان وجه القصور فيها وتوجيه النظر الى ما يجب الاخذ به وتطبيقه •

هذا وقد تم تقسيم هذا الباب الى مبحث تمهيدى تعرضنا فيه لبيان ماهية العيب بيانا تفصيليا واضحا ثم أتبعناه بثلاثة أبواب •

تناولنا في الباب الاول منها بيان العيوب التي تجيز الرد بين الزوجين • وفي الباب الثاني تكلمنا عن آراء الفقهاء حول هذه القضية • أما الباب الثالث والآخر • فقد تعرضنا فيه للاثار التي تترتب على التفريق بالعيب •

والله ولى التوفيق ٥

المؤلفان

المبحث التمهيدي : بيان ماهية العيب •

ماهية العيب • تعنى بيان مفهومه عند علماء اللغة ولدى فقهاء
الشريعة الاسلامية • ثم بيان ضابطه عرفا • وأخيرا بيان أقسامه
 وأنواعه • لاجل ذلك أفردنا له المطالب التالية :

المطلب الاول :

معنى العيب عند علماء اللغة وفقهاء الشريعة الاسلامية :

للعيب فى اللغة معان كثيرة • منها أن يقال :

عاب المتاع وعيبه • أى صار ذا عيب •

وعيبه تعيبا • أى نسبه الى العيب •

ويقال • ما فيه معابه ومعاب • أى ما فيه عيب •

ويجمع العيب على أعياب وعيوب •

وقال سييويه • العيب والعيبة والعاب بمعنى الوصمة (١) •

ضابط العيب فى الاصطلاح الشرعى :

الغالب على تعاريف فقهاء الشريعة الاسلامية للعيب • أنهم عرفوه

(١) تاج العروس من جواهر القاموس ج ١ ص ٤٠٢ منشورات
دار الحياة •

باطلاقه وعمومه • فجاءت معظمها بياناً لضابط العيب الخاص بالمعاملات
المادية • كالبيع والشراء وغيره •

ومن هذه التعريفات ما قيل في العيب بأنه :

١ — ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة • أو ما أوجب نقصانا
في عادة التجار (٢) •

٢ — وقيل العيب هو • ما عاق النفس أو فعل الجسم (٣) •

٣ — أو هو النقص كالمرض وذهاب جارية أو زيادتها (٤) •

٤ — أو هو المنقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط
أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه (٥) •

العيب في القانون : عرف فقهاء القانون الوضعي العيب فقالوا :

هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد
الزواج والتمتع بالحياة الزوجية (٦) •

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ٣٨ ، فتح القدير ج ٦
ص ٢٥٤ ، حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٤٢٢ •

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد • ج ٢ ص ١٧٤ •

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٨٦ •

(٥) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٤ طبعة ثانية ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٦ م •

(٦) مهسرة الإحصاء الشخصية للاستاذ معوض عبد التواب رئيس

نيابة النقض ص ٥٧٣ •

وفي بيان ضابط العيب • ورد أن من اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لا تصح رجع بالنقص الا أن يأخذ البائع الشجرة كما هي • فقد اعتبر عدم غرض المشتري عيبا يوجب الرد ولكنه يرجع بالنقص • لان القطع مانع للرد • وكذا من اشترى ثوبا أو حذاء أو غطاء للرأس (٧) أو ما شابه ذلك فوجد فيه ما لا يصلح لغرضه فله الرد • ويعتبر فقد الوصف المرغوب موجبا للرد • كمن يشتري دابة صغيرة فيجدها كبيرة السن •••

ومن هنا نجد أن ضابط العيب قد يختلف باختلاف الأشخاص والاحوال • وقد يعتبر عدم وجود الشيء غالبا موجبا للرد •

مما سبق • يتضح • أن قولهم مما ينقص الثمن عند التجار • مبنى على الغالب • والا فهو غير جامع وغير مانع •

بمعنى • أن القول بأن العيب هو ما ينقص الثمن عند التجار هو في الغالب • وذلك لان هناك من العيوب ما لا ينقص الثمن ويعمد عيبا يجوز الرد به • وذلك مثل :

١ — عدم غرض المشتري • أى عدم صلاحية الشيء له مع صلاحيته لغيره •

٢ — فقد الوصف المرغوب •

٣ — عدم وجود الشيء غالبا • أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة • وإن لم يكن كذلك • أى لم يحمل على الغالب فانت جامع وغير مانع •

وبيان كونه غير جامع • فهو لا يشمل مسألة الشجرة والثوب •
لان ذلك وان لم يصلح لهذا المشتري يصلح لغيره • فلا ينتقص الثمن
مطلقا •

أما أنه غير مانع • فلانه يدخل فيه مسألة الدابة والامة الثيب •
فان ذلك ينقص الثمن مع أنه غير عيب •

ومع ذلك علم أنه لابد من تقييد الضابط بما ذكره الشافعية
بقولهم • انه المنقص للقيمة • أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن
أن يكون في أمثال المبيع عدمه •

فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح ما لو بان فوات قطعه يسيره
من غخذه أو ساقه •

وأخرجوا بالغالب • ما لو كانت الامة ثيبا • مع أن الثيابة تنقص
القيمة • لكنه ليس الغالب عدم الثيابة (٨) •
ارد على القول السابق :

١ — لا نسلم بهذا القول • بل التعريف جامع ومانع • اذ لا
يتصور غفلة المشايخ عنه من زمن الامام الى أن جاء •

٢ — أما ما أورده على عدم المنع فمدفوع بما نقل من أن التعريف
اللغوي ملحوظ في الشرع • اذ كبر سن الدابة وثيوبه الامة يوجدان
في الفطرة الاصلية • اذ ليس المراد ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة •
أن يوجد خاليا من هذا الوصف • بل المراد أنه لا يقال أنه على الفطرة

السليمة حيث كان منصفا بهذا الوصف • ولا شك أنه يقال في الدابة الكبيرة والامة الثيب أنهما على الفطرة الاصلية •

٣ — أما ما أورده على عدم الجمع • فانتنا لا نسلم أن الرد فيها بخيار العيب بل الرد بسبب قوات الوصف المرغوب (٩) •

تحكيم العرف في ضابط العيب :

يلعب العرف دورا هاما في تحديد ضابط العيب •

والعرف المراد هنا • هو عرف أهل الخبرة • كالصناع والتجار وغيرهم • وقد يختلف العرف من مكان الى مكان • فما يعده أهل حرفة ما عيبا فهو كذلك وقد خالف الشافعية في اشتراط الجمع • وقالوا يكتفى بالواحد • وقيل باثنين (١٠) •

المطلب الثاني :

شروط العيب •

لكي يتحقق العيب لابد من وجود — أو توافر — الشروط التالية •

الشرط الاول :

لابد أن يكون العيب مفسدا • مثل القطع والعيور والشلل وغيرها (١١) •

(٩) تقرير لبعض العلماء مطبوع بحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤ أسفل الصحائف •

(١٠) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٧٤ ، الباب في شرح الكتاب ج ١ ص ٢٤٥ •

(١١) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٣٠٠ •

الشرط الثاني :

لابد أن يكون العيب في نفس المبيع • فيخرج بذلك مسألة ما اذا باع رجل سكنى له في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر • قالوا : ليس له الرد بهذا السبب • لان هذا ليس بعيب في المبيع •

الشرط الثالث :

عدم التمكن من ازالة العيب بلا مشقة •

الشرط الرابع :

أن يكون عند البائع ولم يعلم به المشتري • ولم يكن البائع شرطا البراءة منه خاصا أو عاما • ولم يزل قبل الفسخ •

الشرط الخامس :

ألا يعلم به المشتري عند البيع أو القبض • ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب (١٢) •

المطلب الثالث :

أقسام العيوب :

جاء في مقدمات ابن رشد أن العيوب قسمان :

القسم الاول : عيب يمكن التدليس به •

(١٢) حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٥ •

القسم الثانى : عيب لا يمكن التدايس به •

ولا يرد من العيوب الا من عيب كثير ينقص ثمنه ويخاف من عاقبته ولا ينظر فى ذلك الا ما يردده النجار (١٣) •

هذا تقسيم • بيد أن هناك تقسيما مخر للعيوب مرجعه زمن حدوث العيب • وهو اما أن يكون عيبا قديما أو حادثا •

فالعيب القديم : هو الذى يعلم قدمه عند البائع ببينة تقدم على ذلك أو اقرار البائع ، أو بدليل العيان •

أما العيب الحادث : فهو العيب الذى يعنم حدوثه عند المشتري ببينة يعلم ذلك أو باقرار المشتري بحدوثه عنده أو بدليل العيان على ذلك •

أما العيب المشكوك فيه • فهو ما يحتمل أن يكون قديما عند البائع ويحتمل أن يكون حدث عند المشتري • فالعيب القديم يجب الرد به فى القيام والرجوع بقيمته فى الفوات •

وأما الحادث • فلا حجة للمشتري فيه على البائع •

وأما المشكوك فيه • فليس على البائع فيه الا اليمين وتبيل اليمين تكون فيه على البت •

وقال أشهب : يحلف على العلم فى الظاهر والخفى •

وقال ابن القاسم : يحلف فى الظاهر على البت • وفى الخفى على

العلم • فان نكل عن اليمين رجعت على المبتاع في الوجهين جميعا على العلم أنه ما حدث عنده (١٤) •

المطلب الرابع :

أنواع العيوب :

العيوب نوعان :

النوع الاول : عيوب في النفس •

النوع الثانى : عيوب في البدن •

وعيوب النفس هي التي أضدادها كمالات • وليس فقدانها نقصا • وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس • وقد يوجد في أحوال الجسم •

أما عيوب البدن • فمنها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها وهي التي تسمى عيبا من قبل الشرط •

ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط أضدادها وهذه هي التي فقدانها نقص في أصل الخلقة •

والعيوب الجسمانية • منها ما هي في أجسام ذوات الانفس ومنها ما هي في غير ذوات الانفس •

والعيوب التي لها تأثير في العقْد هي عند الجميع ما نقص عن

الخلقة الطبيعية • أو عن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير فى ثمن المبيع •
وذلك يختلف حسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص • فربما كان
النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالختان فى العبيد (١٥) •

هذا من جهة • ومن جهة أخرى ورد فى الاشباه والنظائر للسيوطى
أن أنواع العيوب ستة • وهى كما يلى :

١ — عيب فى المبيع • وهو ما نقص المالية أو الرغبة أو العين اذا
كان الغالب فى جنس المبيع عدمه •

٢ — عيب فى الكفارة • وهو ما يضر بالعمل اضرارا بالغاً •

٣ — عيب فى الاضحية والهدى والعقيدة • وهو ما نقص اللحم به •

٤ — عيب فى الاجارة • وهو ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به
تفاوت فى قيمة الرقبة •

٥ — عيب فى الرهن • وهو ما نقص القيمة فقط •

٦ — وعيب فى النكاح • وهو ما ينفر عن الوطء ويكسر حدة
التوقان •

وهذا النوع من أنواع العيوب هو المراد ببحثه فى كتابنا هذا •
والذى نتناوله بمشيئة الله تعالى من خلال الباب الاول من أبواب
الكتاب •

الباب الأول

العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين

رغم اتفاق الفقهاء على مبدأ الحصر (١١٦) بالنسبة للعيوب التي تجيز حق طلب التفريق بين الزوجين ، إلا أنهم اختلفوا في نوعيتها ومفهومها .

فمنهم من توسع • فأجاز التفريق بكل عيب يرد به المبيع •

ومنهم من ضيق فمنع التفريق بأى عيب مطلقا مهما بلغت جسامته الضرر الناتج عنه •

ومنهم من سلك طريقا وسطا • لا هو بالمفرط ولا بالمتشدد • وحتى نلم بكل ما يراه هؤلاء وهؤلاء أفردنا لذلك المباحث التالية :

المبحث الأول

عيوب الرجل وطرق اثباتها

العيوب الخاصة بالرجل • عيوب تتعلق بالجهاز التناسلى له وهى تختلف فى مفهومها عند الفقهاء وفى ما يترتب عليها من آثار يتعلق بعضها

(١١٦) خرج بعض الفقهاء عن القول بمبدأ الحصر ولم يقل بذلك . كابن القيم الذى ورد عنه قوله : ان الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية أو أكثر . لا وجه له . وذلك لان مثل فقد البصر . والطرش . والخرس وكون الزوج أو الزوجة مقطوعة اليدين أو الرجلين . أو أحدهما . غاؤه أحدهما عن الآخر فالسكوت عن من احتج التدليس والغش . وقال : ان كل عيب منفرد لاحد الزوجين من الآخر . ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار . زاد المعاد ج ٤ ص ٣٠ .

بالتفريق والآخر بالمعالجة من العيب • هذا ما نتناوله من خلال المطالب التالية •

المطلب الاول :

بيان عيوب الرجل :

العيوب الخاصة بالرجل هي — كما ذكرنا — عيوب تناسلية مثل :
الجب — والخصاء — والعنة — وما تشابه معها في ضرره • مما لا
يستطاع معه تحقيق مقصود النكاح • وهو الوطء • وانجاب الولد •

وللفقهاء في جواز التفريق بهذه العيب اختلاف وان كان هناك
اتفاق بشأن جواز الرد بالجب :

فالمالكية والشافعية والحنابلة^(١٧) لهم في الرد بالخصاء رأيان :

الرأى الاول :

أنه يعتبر عيبا من العيوب التناسلية بالرجل ومن ثم يثبت به
الرد • كما يرى الحنابلة لان به نقصا وعارا واثارة لنفرة المرأة
منه^(١٨) •

الرأى الثانى :

أنه لا يعتبر كذلك • ومن ثم لا يجوز الرد به • وذلك لقدرة الزوج

(١٧) فتح لقدير ج ٤ ص ٢٩٩ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٢٥ ،
مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨٥ ، نهاية المحتاج للزملى ج ٦ ص ٣٠٩ ، كشف
القناع ج ٥ ص ١٠٦ •

(١٨) الكافي ج ١٦ ص ٦١ •

على الجماع • بئ أنه في هذه الحالة يكون أقوى على الجماع من غيره •
لأنه لا ينزل • فلا يعتريه فتور (١٩) •

وهذا ما نرجحه لذات التعليل السابق • حيث أن حق المرأة في
الوطء وليس في الانزال •

أما العنة :

فقد اختلف الزيدية فيها الى قولين :

أ — القول الاول : أن العنة موجب للرد •

حجة هذا القول :

أن الله تبارك وتعالى أمر بالامساك بالمعروف وتد انتفى مع
وجود العنة • فتعين التسريح بالاحسان (٢٠) •

ب — القول الثانى : أن العنة لا تعتبر عيبا من العيوب التى تجيز
الرد •

حجة هذا القول :

ما روى عن عالى بن أبى طائب كرم الله وجهه • أن امرأة شكت
اليه فأمرها بالصبر • وقال لا أستطيع أن أفرق بينكما •

(١٩) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ ، كشف القناع ج ٥ ص ١٠٦ •

(٢٠) البحر الزخار ج ٣ ص ٦٤ •

الرد على الاحتجاج السابق :

ان الرجل اعتذر لكبر سنه فيحتمل أن العنة قر عرّضت له بعد الدخول • ونحن نرجح الاخذ بالقول الاول • لقوة أدلته هذا وقد زاد المألكية الاعتراض (٢١) الذي يتفق في مفهومه مع عيب العنة •

أما الاباضية • فقد زادوا القتل والاستئصال (٢٢) • وهذا العيان لم يختلفا عن عيبى الجب والعنة في المفهوم •

لذا فان عيوب الرجل يمكن حصرها في الجب والخصاء والعنة •

مفهوم العيوب التناسلية للرجل :

أولا : الجب •

- هو عند الاحناف والاباضية يعنى استئصال الذكر أو قلعه (٢٣) •
- أما المألكية والزيدية فهو يعنى عندهم قطع الذكر والانثيين (٢٤) •
- أما الشافعية والحنابلة فهو عندهم قطع الذكر الاقدر الحشفة (٢٥) •

(٢١) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٤٨٥ •

(٢٢) شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٣٨٧ •

(٢٣) البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٣ ، شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٣٨٧ •

(٢٤) شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨٠ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٠ وما بعدها •

(٢٥) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٠٩ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص

بالنظر الى ما سبق يتبين لنا أن المجهود اذا بقى من آله قدر الحشفة بحيث يمكنه ايلاجها فانه يخرج عن كونه مجبوبا ومن ثم فلا يحق للزوجة رد الزوج بهذا العيب .

وهذا هو مفهوم تفسير الاحناف والمالكية والزيدية والاباضية
• الجب •

عكس ما يعنيه مفهومه عند الشافعية والحنابلة • ونحن نرى أن ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة في معنى مفهوم الجب عندهم هو
• اراجع •

من أن بقاء القدر المشار اليه من آلة الزوج لا يؤثر في وجوب الفسخ • أخذا بالاحوط • تجنبنا لانزلاق الزوجة في المعصية وارتكاب المحرم •

ثانيا : العنة •

محمل تفسيرات الفقهاء لهذا العيب تعنى عدم القدرة على اتيان النساء أو اشتهاؤها لعدم انتشار الذكر • وقد خرج بعض الاباضية عن هذا الاجماع حين فسروا العنة بطول حجم الذكر وقصره • حيث قالوا :

العنة : هي صغر الذكر بحيث يكون عرضه أقل من عرض أربعة أصابع (٢١) •

وهذا التفسير يثير تساؤلات هامة تتعلق بالمراد من الاصابع • هل هي أصابع الرجل أم المرأة ؟

وإذا لم توجد أصابع اليد فهل يستعاض عنها بأصابع القدم ؟
وهل يجوز التقدير بأصابع الطفل ؟

- الى غير ذلك من التساؤلات التي تحتاج الى اجابات مقنعة .
- والرأى عندنا أن ما قال به الجمهور هو المقبول عرفا وشرعا .

• ثالثا : الخصاء

فسر فقهاء الشريعة الاسلامية — عدا المالكية — الخصاء • برفع
الانثيين بالرجل (٢٧) سواء كان ذلك بالقلع • أو القطع • أو الرض • أو
بأى وسيلة أخرى •

وتد خرج المالكية عن هذا الاجماع حيث فسروا الخصاء بقطع
الذكر كله • أو قطع الحشفة (٢٨) •

والحقيقة أن تفسير المالكية للخصاء غير متوافق لغويا • ولذلك
لان لفظ الخصاء ينصرف مدلوله الى الخصيتين وليس الى الذكر •

هذا فضلا عما يسببه هذا التفسير من مشاكل اذا أخذنا بالرأى
الذى يرى عدم مجواز الرد بالخصاء •

• رابعا : الاعتراض

الاعتراض عيب زاده المالكية وقد فسروه بعدم قدرة الزوج على

(٢٧) البحر الرائق ج ٣ ص ١٣٣ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٢٢ ،
شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٩ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٠ ، حاشية
الجمال على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٤ •

(٢٨) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٢ •

الوطء لما منع يمنعه كسحر أو مرض أو خوف (٢٩) •

وهذا العيب يعتبر من العوارض الخارجية • ولكن تفسير الملكية بهذا القول يوهم انصراف اللفظ الى آلة الزوج • علما بأن الاعتراض لا يكون الا نتيجة لحركة أو قوة يعترض اثرها الذكر عن الاتجاه الذى يريده الزوج وهذا لا يتمشى مع ما نحن بصدده • ولذا كان الاخرى بالملكية أن يعبروا عن ذلك بالعارض الخارجى أو العوارض الخارجية لأنها أمور تعرض للشخص وغالبا ما تزول •

• خامسا : القتل

فسره الاباضية بارتقاء الذكر (٣٠) •

• سادسا : الاستئصال

فسره الاباضية بقطع الذكر والانثيين (٣١) •

• سابعا : السيل

وهو عند الزيدية سل الخصيتين دون الذكر (٣٢) •

المطلب الثانى : ثبوت الرد بالقديم والحادث من عيوب الرجل :

يختلف حق طلب الرد بالعيب حسب اختلاف زمن حصوله فهو اما أن يكون قديما أو حادثا •

(٢٩) حاشية الرهوزى ج ٣ ص ٢٧٦ طبعة دار الفكر ١٣٩٨ هـ —
١٩٧٨ م •

(٣٠) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ باب العيوب •

(٣١) المرجع السابق •

(٣٢) البحر الزخار ج ٣ ، باب العيوب •

فان كان قديما فانه يحق للزوجة اذا لم تكن تعلم بالعيب قبل
الدخول • طلب الرد •

ويستثنى من ذلك ما اذا كان الزوج عنيئا • أو عرض له شيء من
السحر أو المرض • فانه والحال كذلك يؤجل طلب الرد الى ما بعد
انتهاء المدة المضروبة •

وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء والشعبة (٣٣) •

أما اذا كان العيب الخاص بالرجل حادثا • فقد اختلف الفقهاء
في ثبوت التفريق به كما يلي :

١ — يرى المالكية : عدم جواز الرد بالعيب الحادث بالرجل بعد
الوطء ولو مرة واحدة • الا اذا كان الزوج هو المتسبب في ذلك (٣٤) •

٢ — ويرى الشافعية : ثبوت حق الرد للزوجة بعيب الزوج الحادث
قبل الدخول أو بعده • باستثناء عيب العنة • فانه لا يثبت به حق الرد
للمرأة • لان هذا العيب كما يقول الشافعية • لا يتصور حدوثه بعد
الدخول • بخلاف العيوب الاخرى • فاذا حدث بالزوج أحد العيوب
التناسلية الاخرى — عدا عيب العنة — ثبت لاجله الخيار • طالما كان
حادثا بعد العقد (٣٥) • لان كل عيب ثبت به الخيار متارنا يثبت به
طارئا (٣٦) •

(٣٣) البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٥ ، الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص
٢٧٨ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٣٠٩ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٢ ،
شرائع الاسلام ص ١٩٠ ، شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٣٨٦ •
(٣٤) الشرح الكبير • للشيخ الدردير ج ٢ ص ٢٧٨ •
(٣٥) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ •
(٣٦) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٢ •

ونحن نرى • أن استثناء العنة من العيوب التناسلية الاخرى لا مبرر له • لان العنة كغيرها من العيوب الاخرى التى يصاب بها الشخص فتصورها بعد الدخول يمكن حدوثه •

لانه قد يصاب الزوج بعد الدخول بما يوقف انتشار الذكر بمرض أو بسحر أو ما شابه ذلك •

هذا وقد عئل الشافعية لما ذهبوا اليه من القول السابق بما يلى :

١ — أن الزوجة عرفت مقدرة الزوج على الوطاء ووصلت لحقتها منه كتقرير المهر ووجود الاحسان •

٢ — أنه يرجى زوال العنة • ولكن اذا يئست الزوجة من الشفاء ثبت لها الحق فى الرد (٢٧) •

٣ — أما الحنابلة فلم فى ثبوت الخيار بالحادث من عيوب الرجل روايتان :

الاولى : ثبوت الخيار والرد •

وذلك لان العيب مثبت للخيار قديما • فكذا اذا كان حادثا •

الثانية : عدم ثبوت الخيار بالحادث من عيوب الرجل •

لانه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العتد • فأشبه الحادث بالمبيع (٢٨) •

(٢٧) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣١١ . الطبعة الاخرى .

(٢٨) المبدع فى شرح المقنع ، لابن مفلح ج ٧ ص ١٠٨ ، الكافى ج ٦ ص ٦٢ •

- ٤ — أما الزيدية : فلا يجوز عندهم الرد بعيب الرجل الحادث (٣٩) .
وقد أخذ الامامية بهذا الرأي (٤٠) .

ويلاحظ أن الزيدية • وان منعوا الرد بالعيب التناسلي الحادث •
الا أنهم أجازوه بغيره من العيوب الاخرى • كالجنون — والجذام —
والبرص • وذلك لانها تمنع مقصود النكاح • كما أنها تشبه طروء
فاسخ كالرده (٤١) •

والحقيقة أن هذا القول • قول غريب • اذ كيف تمنع هذه العيوب
الجنون — الجذام — البرص • مقصود النكاح • ولا يمنعه قطع الذكر
أو عدم انتشاره البتة ؟ علما بأن اتمام مقصود النكاح أو عدم اتمامه
لا يحصل الا بسبب تلك الآلة •

- ٥ — أما الاباضية : فلهم في ذاك أكثر من قول •

أ — القول الاول : أن الزوج يرد بالعيب الحادث بعد الدخول
إذا طلبت الزوجة ذلك •

ب — القول الثانى : أنها تخير •

ج — القول الثالث : أن الرجل يرد ما لم يدخل (٤٢) •

هذا ولم نجد فيما اطلعنا عليه من كتبهم تعليلا لهذه الاقوال (٤٣) •

(٣٩) البحر الزخار ج ٣ ص ٦٢ •

(٤٠) المختصر النافع ص ١٨٦ وما يليها •

(٤١) البحر الزخار ج ٣ ص ٦٢ •

(٤٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٤٠١ •

(٤٣) وحول شرعية التعامل مع من به أحد العيوب السابقة • نجد أن

المطلب الثالث : كيفية اثبات عيب الرجل •

إذا ما وجد بالرجل عيب من العيوب التناسلية كالجب والخصاء والعنة فإنه يمكن معرفته — كما يرى جمهور (٤٤) الفقهاء — بأحدى الطرق التالية :

الطريقة الاولى :

اقرار الرجل بالعيب أمام القاضي كبقية الحقوق الاخرى • بشرط أن يكون مكلفا وتكون المرأة غير معيبة بعيب مماثل •

الطريقة الثانية :

البينة على اقرار الرجل أنه عني •

الطريقة الثالثة :

يمين المرأة بعد نكول الرجل عن اليمين •

وهذا هو الاصح عند الشافعية • وقد أجازوا أن نحلف المرأة على عنة زوجها مع أنه أمر خفى •

الاباضية يقولون بعدم جواز اكل ذبيحة العنين اوالخصى • وقال صاحب كتاب النيل • والذي عندى • انها حل من العنحين والخصى والمحبوب والمستأصل مطلقا • كما جازت من امرأة وطفل وخنثى • انظر شرح كتاب النيل ج ١ ص ٤٠١ •

والحقيقة • ان هذا قول غريب • لم يقل به أحد من الفقهاء • اذ كيف لا يجوز اكل ذبيحة المسلم لمجرد وجود عيب به بينما يحل لنا اكل ذبيحة الذمى •

(٤٤) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١٤ ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٤ ، جواهر الاكليل ج ١ ص ٣٠١ ، شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٤٠٠ •

وذلك لان الزوجة تعرف عنة زوجها بالاختلاط به وبالممارسة •
وقد عارض بعضهم رد اليمين على المرأة • وقالوا يحكم القاضي بنكول
الزوج ولا ترد اليمين على المرأة (٤٥) •

الطريقة الرابعة :

اذا عدمت وسائل الاثبات السابقة فانه يمكن معرفة هذه العيوب
بالجس فوق موضع العيب بظاهر اليد لا بباطنها • لان باطن البد مظنة
اللذة بذلك فلا يرتكب مع التمكين من العلم من ذلك بظاهر اليد • أو
يأمر القاضي من ينظر اليه ، فيخبر بحاله •

والجس يتأتى به العلم في ذلك كالنظر • وهو وان كان غير جائز
كالنظر • الا أنه أخف • وارتكاب أخف الضررين للضرورة لازم مادامت
النتيجة واحدة • ويرى آخرون منهم جواز النظر اليه بالتحقق من
دعواه •

لان المسألة مفروضة في الحكم بين خصمين فكل ما يوجب التثبت
يكون أولى من غيره •

هذا وقد بين المالكية أن الزوج اذا كان معترضا فانه لا يمكن
معرفة بالجس باليد • وانما يثبت بنكول الزوج عن اليمين • يقاس
على ذلك ما اذا كان بذكره مرض لا يعرف بالجس • فانه يصدق فبه
بيمينه (٤٦) •

ونحن نرى أنه أصبح من اليسير الآن معرفة عيب الرجل ان لم

(٤٥) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١٤ الطبعة الاخيرة .

يقر به أو تشهد عليه به بينة • وذلك بأن يأمر القاضي بإحالة المريض إلى طبيب متخصص ليرفع إليه تقريراً صدر الحكم بناء عليه •

وهذا ما أخذ به القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للاحوال الشخصية في المادة الحادية عشر منه • حيث جاء نصها (يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها) وان كنا نلاحظ على المشرع عدم مراعاة الدقة في صياغة ألفاظ المادة السابقة • حيث نص في المادة العاشرة من القانون السابق • على أن الفرقة بالعيوب (طلاق) بائن • ثم عبر في هذه المادة بكلمة (فسخ) حيث قال في نصها « التي يطلب (فسخ) الزواج من أجلها » • فهو بهذا التناقض يوقع القارئ والباحث والقاضي في حيرة •

المبحث الثاني

حق الزوج في طلب التأجيل للمعالجة من العيوب

يتوقف حق الزوج في طلب التأجيل للمعالجة من العيوب الخاص به على نوع هذا العيب • ودرجة قابليته للمداواة وامكان الشفاء أو عدم امكانه •

وفي المطلبين التاليين نتناول ذلك بالشرح والتوضيح •

المطلب الاول : عيوب الزوج التي تقبل التأجيل •

من العيوب التي تقبل التأجيل للمعالجة • العنة والاعتراض وما شابههما من الامراض • لذا فقد أجمع المجيزون للرد بالعيوب على أن الزوج اذا كان عنيماً أو معترضاً أجله القاضي سنة (٤٧) •

(٤٧) كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٥ ص ١٠٦ ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٤ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥١ ، البحر الزخار لابن المرتضى ج ٣ ص ٦٦ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٨٨ •

يتضح من سياق هذا الكلام • أن العيوب التي يجوز للقاضي أن يضرب لها أجلا هي : العنة — والاعتراض — والقتل في حالة ما اذا عجز الزوج عن الوصول الى زوجته ولو مرة واحدة • ولكن بعض الفقهاء (٤٨) قد اعترض على جواز التأجيل لهذه العيوب السابقة • واحتجوا لاعتراضهم هذا بما يلي :

أولا :

أن امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم • فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبذتمنه فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وانما له مثل هدبة الثوب • فقال (ص) تريدان أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك (٤٩) •

مناقشة هذا الدليل : —

نوقش هذا الدليل بما يلي :

أن الخبر الذي استدلوا به لا حجة لهم فيه فان المدة انما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ، ولم يوجد واحد منها • يدل على ذلك • أن الرجل أنكر هذا وقال • انى لاعركها عرك الاديم •

ثم ان ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة • يصحح ذلك

(٤٨) اعترض الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر على اعتبار العنة عيب أصلا ومن ثم فلا يجوز الرد بها أو التأجيل لها • ومشي على ذلك بعض فقهاء الإمامية • المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٩ •

(٤٩) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٢١ ، ٦٢٢ باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا •

قوله (ص) تريد أن ترجع إلى رفاة ؟ ولو كان قد لطلّقه لما كان ذلك إليها • وقيل أنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة •

ولذلك قال (ص) حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك (٥٠) •

ثانيا :

رفض على بن أبي طالب كرم الله وجهه التفريق لمن طلبت منه ذلك • وقال لزوجها : هلكت وأهلك • أما أنا فلست مفرقا بينكما • وقال لزوجته • اتقى الله واصبري (٥١) •

هذا وقد سبق لنا الرد على هذين الدليلين في بيان آراء الفقهاء في الرد بالعيوب •

أدلة الجمهور :

الدليل الأول : أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على جواز التأجيل للعنين • من ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب • أنه قضى في العنين أنه يؤجل سنة فإن قدر عليها • والا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة (٥٢) • وروى ابن مسعود كذلك (٥٣) •

الدليل الثاني : أن الوطء مرة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد

(٥٠) المبسوط للرضي ج ٥ ص ١٠١ طبعة ثانية •

(٥١) المصنف للصنعاني ج ٦ ص ٢٤٣ الطبعة الثانية •

(٥٢) المصنف للصنعاني ج ٦ ص ٢٥٣ طبعة ثانية •

(٥٣) المرجع السابق •

وفي الزام انعقد عند تقرير أعجز عن اوصول تقويت المستحق بالعند عليها • وهذا ضرر بها وظلم في حقها (٥٤) •

الدليل الثالث : قال صلى الله عليه وسلم • لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٥٥) فيؤدى الى التناقض وذلك محال • لان الله أوجب على الزوج اما الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع أنها محرومة الحظ من الزوج ليس من الامساك بالمعروف في شيء • فتعين التسريح بالاحسان • فان سرح بنفسه والا ناب القاضى منابه (٥٦) •

الدليل الرابع : أن المهر عوض في عقد النكاح والعجز عن الوطء يوجب عيبا في العوض • لانه يمنع من تأكده بيقين لجواز أن يختصا الى قاض لا يرى تأكد المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر فيمكن في المهر عيب وهو عدم التأكد بيّتين • والعيب في العوض وجب الخيار كما في البيع •

الدليل الخامس : أنه لا حجة لهم في الحديث الذي استدلوا به لان تلك المقالة منها لم تكن دعوى اعنة بل كانت كناية عن معنى آخر وهو دقة اقضييب (٥٧) •

ولعل ما ذهب اليه الجمهور والاحناف من جواز تأجيل العنين اذا

(٥٤) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ •

(٥٥) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٤ •

(٥٦) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٩ •

(٥٧) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ •

لم يحدث منه وطء • يقويه تعدد أدلتهم وقوتها وعدم الرد عليها أو مناقشتها • وبه أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم ٢٨٠ •

المطلب الثانى : عيوب الزوج التى لا تقبل التأجيل •

يرى جمهور الفقهاء أن الزوج إذا كان مجبوبا أو خصيا فإنه يفرق بينه وبين زوجته فى الحال ولا يؤجل له (٥٨) •

بينما يرى الحنفية خلاف ذلك فى الخص فانهم يقولون بالتأجيل مثله مثل العنين • ومن فى حكمه (٥٩) •

ويلحق بالمجبوب فى عدم التأجيل له ما إذا كانت آلة الزوج من الكبر أو الصغر بحيث لا يمكن ادخالها فى فرج المرأة بحال من الاحوال •

فاذا أصابت الزوجة زوجها مجبوبا أو به ما يشبه الجب فرق بينهما فى الحال ان طلبت ذاك • ولم ترض بالتمام معه • لان عجزه متحقق • ولا يمكن توقع الوطء منه ولا يرجى زوال هذا العيب (٦٠) •

واشترط الشافعية : ألا تكون الزوجة رتقاء • فاذا كانت كذلك فلهم فى جواز الرد بهذا العيب طريقان لم يرجح أحدهما • وان كان الاقرب ثبوت الخيار (٦١) •

(٥٨) الفروع ج ٥ ص ٢٢٨ •

(٥٩) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٣ •

(٦٠) حاشية الرهونى ج ٣ ص ٢٧٣ ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٣ •

المبدع فى شرح المقنع ج ٧ ص ١٠١ •

(٦١) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١١ •

تعقيب على تأجيل الاحناف للخصى :

لم نجد ما يبرر ما ارتآه الاحناف من تأجيل الخصى للعلاج وذلك لما يأتى :

أولا : أن الخصاء ذهاب للخصيتين • وهما جزء من عضو التناسل بالرجل • والتأجيل جعل لرجاء الشفاء والبرء وعودة المريض الى سابق حالته الطبيعية قبل المرض • أو العيب •

وهذا بالنسبة للخصى محال • اذن فالتأجيل له كعدمه •

ثانيا : ان القول بالتأجيل للشيخ الكبير • فيه فتح لباب الذرائع • ومخالفة لاتفاق القائلين بجواز الرد بالغيوب حيث المجمع عليه عندهم • أن الزوج اذا وطى زوجته ولو مرة واحدة بعد الدخول فهي زوجته هذا فضلا عن أن امتناع الشيخ الكبير عن الوطء أمر طبيعى يقتضيه تقدم السن وانقطاع الشهوة •

حكم ما لو جاءت زوجة المحبوب بولد •

اذا جاءت زوجة المحبوب بولد بعد التفريق بينهما الى سنتين فان نسبه يثبت ولا يبطل به التفريق بخلاف العنين • وذلك لان ثبوت النسب من العنين يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان الفرقة • بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب • بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة (٦٢) •

وجاء فى البدائع للكاسانى :

يثبت نسب الولد منه • لان خلوة المجبوب توجب العدة والنسب
يثبت من المجبوب • الا أنه لا تبطل الفرقة هنا • لان ثبوت النسب من
المجبوب لا يدل على الدخول ، لانه لا يتصور منه حقيقة • وانما يقذف
بالماء فكان العلوق بقذف الماء (١٣) •

المبحث الثالث

الاحكام المتعلقة بالتأجيل

التأجيل للمعالجة تتعلق به أحكام متعددة • بعضها يتعلق بمدة
المعالجة • والبعض الآخر يتعلق بمن له حق تقدير هذه المدة • الى
غير ذلك من الاحكام التي نتناولها من خلال المطالب التالية •

المطلب الاول : مدة معالجة العنين •

رغم تعدد الاقوال (١٤) وتباينها في قدر المدة التي تضرب للعنين
ومن في حكمه الا أننا نستطيع القول بأن الرأي الغالب عند الفقهاء
هو تقديرها بسنة (١٥) •

(٦٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٥٣٤ •

(٦٤) من هذه الاقوال : ما قال به عبد الله بن نوفل • من أن المدة
تقدر بعشرة أشهر • وروى عن الامام مالك قوله • انها تقدر بستة أشهر •
بينما يرى آخرون تقدر بسنة ان كان حديث عهد وخمسة أشهر او شهرين
ان قدم • راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٥٢٩ ، حاشية الدسوقي
ج ٢ ص ٢٥١ •

(٦٥) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٦٠٥ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٦٤
المبسوط للرضي ج ٥ ص ١٠١ ، المدونة الصغرى للخراساني ج ١ ص
٢٦١ ، المدونة الكبرى للامام مالك ج ٢ ص ٢٦٦ •

- وهذا التقدير جعل الفقهاء يختلفون حول بيان المراد من السنة .
- أهى السنة الشمسية • أم القمرية ؟ وينقسمون الى فريقين •

الفريق الاول :

- يرى هذا الفريق من الفقهاء • أن المقصود بالسنة هنا السنة الشمسية (٦٦) •

حجة هذا الفريق :

- أن الفصول الاربعة لا تكتمل الا بالسنة الشمسية لانها تزيد على القمرية بأيام فيحتمل زوال العارض في المدة بين الشمسية والقمرية •
- فكان التأجيل بالسنة الشمسية أولى (٦٧) •

الفريق الثانى :

- يرى هذا الفريق من الفقهاء • أن المراد بالسنة هو السنة القمرية (٦٨) •

حجة هذا الفريق :

- احتج هذا الفريق بالكتاب والسنة والعرف اللغوى •

(٦٦) السنة الشمسية هى التى يكون احتساب أيامها بعدد طلعات الشمس • ويصح تسميتها بالعديدية •

(٦٧) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧ •

(٦٨) السنة القمرية هى التى يكون احتسابها بالاهلة • وتسمى بالسنة الهلالية • والفرق بينهما • أن الشمسية تزيد من القمرية بأحد عشر يوما وبعض الساعات •

أولا حجتهم من الكتاب :

قال تبارك وتعالى : يسألونك عن الاهلة قل هي مواتييت للناس والحج (٦٩) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى جعل الهلال تكريما منه دليلا للمخلعة على الاوقات والمدة وبه يعرفون ميقات الحج • ولانه لو جعل ذلك بالايام لشق على الناس وصعب معرفته (٧٠)

ثانيا : حجتهم من السنة •

ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من أنه خطب في الموسم فقال في خطبته : ألا ان الزمان قد استدار كهيئة يوم خلق الله السموات والارض السنة اثني عشر شهرا منها أربعة حرم • ثلاث متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب • مضر الذي بين جمادى وشعبان ثلاثة سرد وواحد فرد (٧١) •

ثالثا : حجتهم من العرف اللغوي •

يطلق الشهر في اللغة اسما للهلال فيقال رأيت الشهر • أى الهلال •

(٦٩) سورة البقرة • آية ١٨٩ •

(٧٠) تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٤١ • وسبب نزول هذه الآية •

(٧١) هذا الامر كان مما يسأل عنه اليهود واعترضوا به على النبي صلى الله عليه وسلم • فقال معاذ يا رسول الله ان اليهود تفشاننا ويكثرون مسائلتنا عن الاهلة • فما بال الهلال يبدو دقيقا ثم يزيد حتى يستوى ويستدير ثم ينقص حتى يعود كما كان • فنزل الله هذه الآية • راجع تفسير القرطبي ج ٢ ص ١٤١ •

وقيل ما سمي الشهر شهرا الا لشهرته • والشهرة للהלالي • وهذا هو المتعارف عليه منذ زمن الصحابة الى يومنا هذا •

أما اذا كان التأجيل في أثناء الشهر فانه يحسب بالايام اجماعا •

الترجيح :

ونحن نرجح ما ذهب اليه الفريق الثاني من الفقهاء وذلك لتعدد أدلتهم وقوتها • ولإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك •

ولان تأجيل العنين ومن في حكمه سنة للاختبار أمر من الامور التي تتعلق بالاحكام الشرعية • فوجب أن ينصرف لفظ السنة الى السنة الشرعية • وهي السنة الهلالية •

المطلب الثاني : علة تقدير المدة بسنة •

تعددت الاقوال حول الحكمة من تقدير المدة بسنة فقد قيل أن هذا التقدير هو أمر تعبدى (٧٢) • وقيل حددت بسنة لانه قول صحابي • وقيل حددت بذلك لاشتمال السنة على الفصول الاربعة لان الامتناع اما لعله معترضة أو آفة أصلية •

فان كان الامتناع من علة معترضة • فاما من أثر حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة • السنة تشتمل الفصل الاربعة • فالصيف حار يابس • والخريف بارد يابس • وهذا أردأ الفصول • والشتاء بارد رطب • والربيع حار رطب • فاذا كان مرضه عن أحد هذه الفصول ثم علاجه في الفصل المقابل له فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال •

فإذا مضت ولم يضل عرف أنه آفة أصلية (٧٣) •

وقد اعترض على هذا القول • بأن المرض قد يمتد سنين بآفة
معتضة كالسحور •

والحقيقة أن التفريق يكون إما بغلبة ظن عدم زوال لزمانته أو
للآفة الأصلية • ومضى السنة موجب لذلك • أو هو عدم إيفاء حقها •
والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعا (٧٤) •

ولكن إذا ضربت السنة للعنين أو من في حكمه وقطع ذكره في المدة
المضروبة • فهل يعجل لها بالطلاق منه أم تنتظر انتهاء المدة ؟ في ذلك
قولان :

القول الاول :

أنه يعجل لها بالطلاق • حيث لا فائدة منه بعد الاتطع ترجى •
إذا طلبت الزوجة ذلك •

القول الثاني :

أنها تبقى زوجته • وهي مصيبة نزلت به وعليه أن يتحملها •

أما إذا تعجل قطعه عمدا • عجل عليه بالطلاق عقابا (٧٥) •

—————

(٧٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٩٧ ٤ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٦
ص ٣١٤ ، شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨٥ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي
ج ٣ ص ٤٩ ، شرح كلب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٨٨ •

(٧٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٩٧ ١

(٧٥) المغنى • لابن قدامة ج ٧ ص ٧١٣ ، شرح منحة الجليل ج ٢

ص ٨٧ •

ونحن نميل الى الاخذ بالقول الاول • وهو تعجيل الطلاق لها وذلك لان المدة جعلت لاختبار انتشار عضو الرجل خلال المدة • وبقطعه يصبح التأجيل غير ذي فائدة ... اللهم الا اذا بقى به دالقطع قدر الحشفة • أو ما يمكن ميلاجه ويؤدي الغرض منه • ففي هذه الحالة يجوز الاخذ بالقول الثانى •

وقت بدء السنة :

اختلف الفقهاء حول وقت بدء السنة التى تضرب للعنين ومن فى حكمه •

فالجمهور يرون ابتداءها من وقت حصول الخصومة واحتجوا بما وقع من عمر بن الخطاب رضى الله عنه • ولم ينقل عن غيره خلافه • فحل ذلك محل الاجماع العام (٧٦) •

ويرى المالكية • أن السنة تبدأ من وقت الحكم وليس من وقت الخصومة اذا عدم التراضى بين الزوجين على ابتداء المادة (٧٧) •

ويختص القاضى دون غيره بضرب المدة • لانه جهة الاختصاص الوحيدة فى هذه الامور •

الترجيح :

بالنظر الى ما سبق فاننا نرجح ما ذهب اليه المالكية حيث يتفق هذا الرأى وظروف عصرنا الحاضر نظرا لتعقيد اجراءات التقاضى بين المتناضين •

(٧٦) البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٥ ..

(٧٧) مواهب الجليل ج ٢ ص ٤٨٨ •

المطلب الثالث : حكم الموانع اللارادية في احتساب المدة :

يتمثل المانع اللارادى من الاتصال الاتصاليين الزوجين — في
أمرين :

الامر الاول : مرض أحد الزوجين •

الامر الثانى : حبس أحد الزوجين • أو وجود ما يمنع من الوطء
بالزوجة •

ففيما يتعلق بالامر الاول • فإنه اذا مرض الزوج خلال السنة
المضروبة •

فيرى الاحناف عدم احتساب مدة المرض من السنة لانها غالبا
تخلو عن المرض •

وبناءا عليه اذا مرض الزوج • وجب أن يعوض عن ذلك وقد
ورد عن أبى يوسف في ذلك أكثر من رواية •

أولهما : أنه اذا مرض أحد الزوجين مرضا لا يقدر معه على الجماع
فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه • وان كان أكثر لم يحتسب
عليه وعوض عنه • لأن شهر رمضان محسوب عليه • وهو قادر على
الوطء فيه بالليل فقط • فيكون نصفه • فكذا النصف من كل شهر وهذه
أصح الروايات عن أبى يوسف •

ثانيهما : أن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب عليه •

ثالثهما : أن مدة الكثرة سنة (٧٨) •

أما محمد ، فإنه يرى : أنه لو مرض على السنة يؤجل مقتضى المرض !
وقيل هذا ما عليه الفتوى (٧٩) .

التوفيق بين روايات أبي يوسف :

يمكن أن نوفق بين الروايات التي وردت عن الإمام أبي يوسف
مما يلي :

١ — أن أبا يوسف جعل على الرواية الصحيحة عنه نصف الشهر
وما دونه قليلا والاكثر من النصف كثيرا . استدللا بشهر رمضان .
فانه محسوب عليه . ومعلوم أنه يقدر على الوطء فيه في الليالي دون
النهار . والليالي تكون نصف شهر فكان ذلك دليلا على أن المانع إذا
كان نصف شهر فما دونه يعتد به .

٢ — أما الرواية الثانية . فيقال بشأنها .

أنه لما صح زمانا يمكن الوطء فيه . فإذا لم يطرأها فالتصريح جاء
من قبله . فيجعل كأنه صح جميع السنة (٨٠) .

أما المالكية : فقاعدة مذهبهم عدم التأجيل . كن بالزوج مرض
الإ بعد تمام الشفاء منه . لأن وجود مرض بالزوج غير الاعتراض قد
يمنع شفاء من الاعتراض .

أما إذا ضربت المدة له في حالة صحته ثم حل به مرض . فيرى
بعضهم عدم الزيادة لأجل المرض . لأنه يحكم بقد مضى (٨١) . وقال

(٧٩) فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ .

(٨٠) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ٥٣ .

(٨١) التاج والاكين مطبوع مع مواهب الجليل ج ٤ ص ٨٧ (٨٨) .

اصبح • أنه يستأنف سنة جديدة للزوج اذا عم المرض جميعها • أما اذا مرض بعضها • لا يزداد بقدر زمانه (٨٢) •

ويرى الشافعية :

أن الزوج اذا مرض المدة كلها فانها تحسب عليه • أما اذا مرض في بعض السنة فلا تستأنف • بل تنتظر الفصل الذي وقع لها ذلك فيه فتكون معه فيه (٨٣) •

أما اذا كان المرض بالزوجة • وكان قد عم المدة كلها لم يحتسب منها شيء • اذ لا أثر لها حينئذ فتستأنف سنة أخرى (٨٤) •

الامر الثاني :

حبس أحد الزوجين أو وجود ما يمنع الوطء بالزوجة •

أولا : حبس أحد الزوجين •

يرى الاحناف أن الزوج اذا تم حبسه أيا كان سبب الحبس وامتنعت الزوجة عن زيارته والمجيء اليه فان المدة لا تحسب عليه •

أما اذا لم تمتنع المرأة عن الحضور الى مكان الحبس فاما أن يكون هناك موضع يمكن الاختلاء بها فيه أو لا •

فان كان هناك موضع يمكن للزوج المحبوس أن يجامع زوجته فيه احتسبت عليه المدة •

(٨٢) حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة ج ٢ ص ٢٥١ •

(٨٣) نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٣١٦ •

(٨٤) المرجع السابق •

وان لم يوجد هذا الموضع فلا يحتسب عليه منها شيء (٨٥) •

وهذه هي الصفة الغالبة في جميع السجون وأماكن الاعتقال أما إذا حبست الزوجة • وكان الحبس بحق • وكان الزوج يصل إليها بحيث يمكن الاختلاء بها والمبيت معها فإنه تحتسب عليه المدة (٨٦) •

ويرى الشافعية : احتساب المدة بحبس الرجل قياسا على المرض • وأما إذا حبست المرأة فإن مدة حبسها لا تحتسب من السنة عند الشافعية • لان عدم حصول الوطء بسبب يعود إليها (٨٧) •

أما الحنابلة :

فإنهم يرون احتساب مدة حبس الزوج إذا تم الحبس بفعله (٨٨) وذلك متصور • كأن يقوم الزوج بارتكاب فعل يحرمه القانون مما يترتب عليه معاقبته قانونا وحبسه • فإذا حدث ذلك حبست المدة عليه •

المطلب الرابع :

موانع الاتصال الاختيارية بين الزوجين وأثرها في المدة •

تتمثل الموانع الاختيارية التي تمنع حدوث الاتصال الجنسي بين الزوجين فيما يلي :

(٨٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٨ •

(٨٦) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٢٣ طبعة أولى •

(٨٧) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٧ •

(٨٨) الاقتناع ج ٧ ص ١٩٧ •

• أولا : اعتزال أحد الزوجين عن الآخر •

يرى الشافعية والحنابلة • أن الزوجة اذا اعتزلت زوجها في المدة فلا يحسب عليه شيء من ذلك • لان المنع من قبلها (٨٩) •

أما اذا كان العزل من جهة الزوج • فانه يحسب عليه منها بقدر ما اعتزلها • لان ذلك من قبله (٩٠) •

• ثانيا : غياب أحد الزوجين •

قد يغيب الزوج أو الزوجة في سفر لغرض ما وقد يطول هذا الغياب • وقد يقصر وذلك حسب ظروفه ومقتضياته فاذا غاب الزوج في خلال المدة التي ضربت له فانه يحتسب عليه ما غابه من المدة •

لان السبب في هذه الحالات يرجع اليه • ولا يد للزوجة فيه • ولانه كان بإمكانه عمل أحد أمرين •

الامر الاول : اصطحاب زوجته معه في السفر •

الامر الثاني : أن يؤجل هذا السفر الى ما بعد انقضاء المدة •

هذا اذا كان الغائب الزوج •

أما اذا كانت الزوجة • فلا يحسب على الزوج شيء مما غابه من المدة • وذلك لان التقصير جاء من قبل الزوج (٩١) •

(٨٩) شرح منتهى الارادات للبهوتي ج ٢ ص ٤٩ • معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧ ، الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٢٨ •

(٩٠) كشف القناع ج ٥ ص ١٠٧ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٣١٦ •

(٩١) الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة علماء الهند ج ١ ص

وقال الامام محمد • صاحب أبى حنيفة رحمهما الله • ان خصاصته
وهو محرم يؤجل سنة بعد الاحلال • لانه لا يتمكن من الوطء شرعا
مع الاحرام (١٢) •

المطلب الخامس :

وطء الزوج زوجته في دبرها • أو في حالة وجود مانع شرعى •
اذا وطئ الزوج زوجته في دبرها أثناء المدة المضروبة له للاختبار
فلفقهاء في هذه المسألة رأيان •

الرأى الاول :

ان هذا الوطء لا يخرج الزوج عن عنته وهذا ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء •

حجة الجمهور :

احتج جمهور الفقهاء لما ذهبوا اليه بالقول • ان الدبر ليس محلا
للوطء • فكأنه وطئها فيما دون الفرج (١٣) •

الرأى الثانى :

أن الوطء الحاصل من الزوج في دبر زوجته يخرجها عن وصف
العنة • وهذا ما ذهب اليه الامامية •

حجة الامامية :

احتج الامامية لما ذهبوا اليه بالقول •

(١٢) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٣١ •

(١٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ٥٠ ، الفتاوى الهندية

- ١ — ان الوطء فى الدبر أشد من الوطء فى الفرج •
- ٢ — ان من قدر على الأشد فهو على غيره أتدر (٩٤) •

الرد على القول السابق :

رد الجمهور على ما قال به الامامية فقالوا : —

- ١ — ان الادخال فى الدبر وان كان أشد من الادخال فى الفرج لكنه قد يكون الزوج ممنوعا من الادخال فى الفرج بسبب السحر (٩٥) •
- مما سبق : نرى أن ما ذهب اليه الامامية أولى بالاعتبار وذلك لما يأتى :

- ١ — ان السنة ما ضربت للزوج الا بسبب عدم انتشار آله وقيامها بوظيفتها الطبيعية • وهى الوطء •

فاذا ما تحركت خلال المدة المضروبة وانتشرت تيقنا من زوال الداء الذى حل بها • بغض النظر عن كون الوطء قد حصل فى الفرج أو غيره لان موضع حدوث الوطء خارج عن محل النزاع •

- ٢ — ان قول الجمهور بامتناع الزوج عن الوطء فى الفرج بسبب السحر قول لا دليل عليه • بل ربما يكون الزوج فى هذه الحالة من ذوى الشذوذ الجنسى •

فاذا كان الجمهور يقولون • ربما يكون عدم الوطء فى الفرج من السحر • فنحن نقول • وربما يكون بسبب الشذوذ •

(٩٤) المختصر النافع ص ١٨٧ •

(٩٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦٠٩ •

وكثيرا ما يحدث هذا الامر بين الازواج لاسباب ترجع الى داء
في مزاج الزوج •

٢ — أما اذا وطء الزوج زوجته وبها مانع شرعى مثل الحيض (٩٦)
والنفاس • أو الصوم والاحرام • ففى هذه الحالة انقسم الفقهاء على
فريقين •

الفريق الاول :

يرى أن الزوج اذا زوجته وبها مانع شرعى من الموانع التى ذكرت
سابقا • فان هذا الوطء يخرج الزوج عن عنته (٩٧) • وقد عللوا لهذا
القول بما يلى •

١ — أن هذا الوطء حصل فى المحل المعد لهذا الغرض • كما لو
وطئها وهى مريضة يضرها الوطء •

٢ — أن العنة عجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء • فان
العجز ضد القدرة فلا يبقى الشئ مع وجود ضده (٩٨) •

رأى الفريق الثانى :

يرى الفريق الثانى من الفقهاء أن حدوث الوطء فى حالة الحيض،
أو النفاس أو الاحرام لا يخرج الزوج عن عنته •

(٩٦) الحيض لغة : السيلان : شرعا : سيلان دم من رحم امرأة
سليمة عن داء • اللباب فى شرح الكتاب ج ١ ص ٤٢ •

(٩٧) البحر الرائق ج ٤ ص ١٣٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٠ •

(٩٨) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٦١١ •

حجة هذا الفريق :

١ — أن هذا الوطء قد حدث في صورة محرمة فيكون في هذه الحالة مثل الوطء في الدبر •

٢ — أن هذا الوطء لا يحصل به الاحسان ولا الاحلال للزوج الاول •

الرد على هذا القول :

أن هذا القول ليس بصحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو لفوات شرط • والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاءه في انتفاءه (٩٩) •

ونحن نرجح الفريق الاول • وذلك لقوة أدلته وتربها من المعقول • حيث أن الشيء — كما تالوا — لا يبقى مع وجود ضده •

المطلب السادس :

اختلاف الزوجين في حصول الوطء •

الخلافاً بين الزوجين في هذا الامر يأخذ الصور التالية :

الصورة الاولى : وقوع الخلاف في حصول الوطء أو عدمه قبل ضرب المدة •

ففي هذه الحالة يرى جمهور الفقهاء (١٠٠) عرض الزوجة على النساء •

(٩٩) المرجع السابق •

(١٠٠) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٥٢٨ ، الشرح الكبير للمقدس ج ٧ ص ٥٧٤ •

فان قلن هي ثيب فالحقول قوله مع يمينه • وان قلن بكرا أجل له • وقد رضى الامامية هذا الرأي (١٠١) •

دليل الجمهور :

استدل الجمهور لهذا الرأي بما يلي :

١ — ان الوطء يزيل عذريتها • ووجود العذرية يدل على عدم الوطء • فاذا ادعى أن عذريتها عادت بعد الوطء فالحقول قولها • لان هذا بعيد جدا وان كان متصورا • فان طلب الزوج منها الحلف فله ذلك في أحد قولين • وذلك لازالة هذا الاحتمال •

والقول الثانى : أنها لا تستحلف • لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر فى اقراره (١٠٢) •

الصورة الثانية : الاختلاف فى الوطء خلال المدة •

اذا حدث الخلاف فى الوطء أثناء المدة المضروبة للاختبار فالزوجة اما أن تكون بكرا أو ثيبا •

فاذا كانت الزوجة بكرا عرضت على أربع من النساء القوابل فان قلن بكرا فالحقول قولها • لان الظاهر يؤيدها •

وان قلن بزوال البكارة • فالحقول قول الزوج مع يمينه •

وذلك لان الظاهر أن البكارة لا تزال الا بالوطء •

(١٠١) تهذيب الاحكام للطوسى ج ٧ ص ٤٢٩ •

(١٠٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٦١٤ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٥ •

هذا ما ذهب اليه الاحناف والشافعية وأحد قولين للمالكية • أما القول الآخر — فهو أن البكر كالثيب • لأن هذه المرأة ادعت العنة على الزوج فكان القول قوله كالثيب (١٠٣) •

أما اذا كانت الزوجة ثيبا • فقد اتفق كثير من الفقهاء على أن يخلى معها بحيث يتفرد تماما ويحتجبا عن الانظار ويقال له اخرج ماءك على شيء — ولو منديل مثلا — فان أخرجه فالقول قوله • لأن العنين ضعيف الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به (١٠٤) •

هذا وقد أغتى الامام مالك ببقاء الزوجة الى الاجل المحدد له ان نكل — أى الزوج — عن اليمين اذا طلبت زوجته منه الحلف فان حلف بطل خيارها — لأن ذلك مما يتعذر اقامة البينة عليه — وقيل ان نكل فرق بينهما (١٠٥) •

وورد عن الامام أحمد • أن الزوج لا يستحلف • والقول قول المرأة مع يمينها (١٠٦) •

وذلك لأن الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها • لأنه موافق للاصل واليقين معا (١٠٧) •

(١٠٣) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٦ ، بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٥٢٨ ، حاشية الرهونى ج ٣ ص ٢٨٤ •

(١٠٤) مغنى المحتاج للنووى ج ٣ ص ٢٠٦ ، بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ ، شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨٥ •

(١٠٥) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٥١ •

(١٠٦) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٦ ، ١١٧ •

(١٠٧) المرجع السابق •

رأى الامام الاوزاعى :

يرى الامام الاوزاعى فى هذه المسألة • أن يجمع بين الزوج والزوجة اذا كانت ثيبا • ويشهد الوطء بينهما امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فاذا قام عنها نظرنا الى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق • والا فلا (١٠٨) •

وحكى عن الامام مالك مثل هذا القول • الا أنه اكتفى بواحدة •

ما يؤخذ على قول الاوزاعى :

اذا نظرنا الى قول الاوزاعى تبين لنا عدم جواز الأخذ به لأمريين
الامر الاول : أن وجود النساء ومشاهدتهن حالة الوطء بين الزوجين أمر يؤدي الى عكس ما يرجى منه • وذلك لانقباض نفس الزوج حياء وخجلا ممن يشاهدنه •

الامر الثانى : أن وجود الماء ليس دليلا على أن الزوج قد أنزل ومن ثم وصل الى زوجته • فقد يكون الماء ماء الزوجة نفسها قذفته من احتكاك تلاقئها بالزوج دون أن يكون للزوج منه شيء • فكثيرا ما تنزل النساء بالمساحقة وغيرها •

الصورة الثالثة : الاختلاف بعد انتهاء المدة •

اذا حصل الخلاف فى حصول الوطء بعد انتهاء المدة فان هذا الخلاف يكون بمثابة اعتراف من الزوج بعدم الوطء •

وتعقيا على ما سبق نقول :

أنه يمكن الاستعاضة عن كل ما سبق بعرض الزوجة على طبيبة متخصصة تستجلى الغموض وتصل الى اليقين •

المبحث الرابع

عيوب المرأة

عيوب المرأة هي عيوب تناسلية تتعلق بالجهاز التناسلي كالزرق — والقرن — والعفل ••• الى غير ذلك من داءات الفرج التي نتناول بيانها في المطالب التالية •

المطلب الاول :

تحديد العيوب وبيان مفهومها •

اختلف الفقهاء حول بيان العيوب الخاصة بالمرأة وبيان مفهومها واليك بيان ذلك •

١ — حدد المالكية عيوب المرأة بخمسة عيوب • هي : الزرق — والقرن — والعفل — والافضاء — البخر (١٠٩) •

فاذا وجد الزوج بالمرأة واحدا منها ثبت له حق الرد بشرط أن يكون العيب قديما •

(١٠٩) الخرشي على مختصر خليل ج ٢ ص ٢٢٧ ، شرح منيع الجليل ج ٢ ص ٨٠ •

وقد اتفق الشافعية (١١٠) والحنابلة (١١١) مع المالكية في عيبى الرتق والقرن وبه أخذ الزيدية والاباضية (١١٢) • وان أضاف الحنابلة الفتق •

أما الامامية (١١٣) فقد توسعوا في تحديد تلك العيوب حتى بلغت — عندهم — سبعة • وهى : الجنون — والجزام — والبرص — والرتق والافضاء •

مفهوم عيوب المرأة عند الفقهاء :

من العيوب الخاصة بالمرأة • القرن • وهو عند الفقهاء (١١٤) شئ يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة • تارة يكون عظما فيعسر علاجه بغير جراحة • وتارة يكون لحما • وهو الغالب •

والظاهر أنه لو كان لحما فانه يحتاج أيضا الى اجراء جراحة كما اذا كان عظما •

أما الرتق • فهو انسداد مسلك الذكر في المرأة • بحيث لا يمكن

(١١٠) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٠٩ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ •

(١١١) كشف القناع ج ٥ ص ١٠٩ ، شرح منتهى الايرادات ج ٣ ص ٥٠ •

(١١٢) البحر الزخار ج ٣ ص ٦٠ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٨٨ •

(١١٣) المختصر النافع ص ١٨٦ •

(١١٤) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٠٩ ، كشف القناع ج ٥ ص ١٠٩ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٠ •

• معه الجماع (١١٥) •

أما الفتق — فهو كما فسرہ الحنابلة — انخراق ما بين السبيلين
(انفرج والدبر) (١١٦) •

• أما البخر — فقد فسرہ المالكية — بنتن الفرع في المرأة •

• أما العفل — فهو لحم يبرز في قبل المرأة • وقيل رغبة تحدث عند
الجماع من شدة احتكاك عضوي الرجل والمرأة •

• أما الافضاء — فهو اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصيرا
مسلكا واحدا •

• وقيل هو زوال الحاجز بين مسلك البول ومخرج الغائط (١١٧) •

المطلب الثاني :

كيفية اثبات داء الفرع بالمرأة :

تجادل الفقهاء حول جواز النظر الى فرج المرأة لاستبيان العيب
المدعى به اذا دعت الى ذلك حاجة •

فالمالكية لهم في هذه المسألة قولان •

القول الاول : جواز النظر الى فرج المرأة لمعرفة العيب طالما
دعت اليه الضرورة • وهذا القول لاصحاب الامام مالك •

القول الثاني : عدم جواز النظر الى فرج المرأة مطلقا • وإنما لها

(١١٥) المرجع السابق •

(١١٦) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٠ •

(١١٧) حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة ج ٢ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ •

عليه اليمين ان أكذبتة في وجودها ثيبا ان ملكت أمرها ولوليتها ان كانت
مجبرة • ولا تكشف البقرة في مثل هذا •

وقال واحد من المالكية في هذا القول الاخير :

انه قول خاطيء • وقال • كل من يردّها بالعيب يوجب امتحانها
بالنساء (١١٨) • وبه أخذ الإباضية والحنابلة (١١٩) • الا أنهم يكتفون
بشهادة امرأة واحدة عدلة • لانه محل حاجة • والاحوط اثنتان •

فان شهدت هذه المرأة — والكلام للحنابلة — بما قاله الزوج من
العيب في امراته فالقول قول الزوج بما تأيد بشهادة المرأة (١٢٠) • والا
فالقول قول المرأة في عدم العيب • لان الاصل السلامة هذا اذا
لم يحدث بين الزوجين نزاع في وقت حدوث العيب ولكن عند حدوث
النزاع فيه فلا خيار للزوج اذا ادعت المرأة حدوث العيب بعد العقد •
ويكون مصيبة نزلت به • وذلك لان الطلاق بيده •

وقيل ان حدث التنزع قبل البناء وبعد العقد • فالقول قول الزوج
مع يمينه • وقد رجح بعض الشرايع هذا القول (١٢١) •

واختلاف الفقهاء حول جواز النظر الى فرج المرأة مرجعه حرمة
النظر الى الفرج باعتباره غورة لا يجوز النظر اليها • وقد كان قديما

(١١٨) شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨٨ •

(١١٩) شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد أطفيش ج ٦ ص ٣٩٩ •
المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨١ •

(١٢٠) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٣ •

(١٢١) كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٥ ص ١٠٩ •

يمنع النظر الى فرج المرأة حتى وان توافرت الضرورة الداعية اليه •
وظل الحال هكذا الى أن جرى العمل على جوازه اذا كان فيه مصلحة
ودفع مضرة • وهو أمر جائز في الشريعة الاسلامية عملا بالقاعدة
المعروفة • الضرورات تبيح المحظورات • ولكن تقدر الضرورة بقدرها •

المطلب الثالث :

زمن حدوث العيب الخاص بالمرأة وأثره في ثبوت الرد •
العيب التناسلي الخاص بالمرأة اما أن يكون قديما أو حادثا •
فان كان العيب الخاص بالمرأة عيبا قديما فلا خلاف في ثبوت الرد
به عند من يجيز الرد بالعيوب (١٢٢) •
أما اذا كان العيب الخاص بالمرأة عيبا حادثا فهو محل نزاع بين
الفقهاء • وفيما يلي بيان ذلك •
ذهب المالكية الى عدم جواز الرد بالعيب التناسلي الحادث بالمرأة
بعد العقد (١٢٣) •
وهذا اتول أحد وجهين للشافعية (١٢٤) والحنابلة (١٢٥) وبه أخذ

(١٢٢) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٧٨ ، المجموع شرح المذهب
ج ١٥ ص ٢٦٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١٠٩ ، البحر الزخار ج ٣
ص ٦٢ ، شرائع الاسلام ص ١٩٠ •
(١٢٣) التاج والاكلیل ج ٣ ص ٤٨٥ ، حاشية البسوقي ج ٢
ص ٢٥٣ •

(١٢٤) نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٣١١ •

(١٢٥) كشف القناع للبهوتي ج ٥ ص ١١١ •

• الامامية (١٢٦) والاباضية (١٢٧) •

وقد اعتبر المالكية العيب الحادث بالمرأة بعد العقد مصيبة نزلت بالرجل وعليه أن يتحملها •

وقد علل الشافعية والحنابلة والامامية لما ذهبوا اليه فقالوا :

١ — ان المرأة لم تدلس على الرجل بالعيب •

٢ — أن الرجل يمكنه التخلص من ذلك بالطلاق •

أما اوجه الثانى من وجهى الشافعية والحنابلة • فهو ثبوت الخيار بالحادث من عيوب المرأة بعد العقد •

وهذا الوجه هو الصحيح عند الشافعية • وقد عللوا له بما يلى :

١ — أن كل عيب يثبت لاجله الفسخ اذا كان موجودا حال العقد •
يثبت لاجله الفسخ اذا حدث بعده تساويا مع الزوج •

٢ — أن هذه العيوب تمنع المقصود من النكاح كما أنها تشبه طرء فاسخ (١٢٨) •

(١٢٦) جواهر الكلام ج ٤ باب العيوب •

(١٢٧) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٩١ •

(١٢٨) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١١ ، كشف القناع للبهوتى

ج ٥ ص ١١١ ، الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٣٢ •

المبحث الخامس

حق المرأة في التأجيل لمعالجة العيب

من الحقوق العامة للمرأة • حقها في العلاج والمداواة من أمراض
البدن عامة • وداء الفرج خاصة • بحيث لا يترتب على استعمال هذا
الحق ضرر يلحق بالزوج • أما إذا ترقب عليه عيب آخر • أو ضرر •
فما موقف الزوج من ذلك ؟ هذا ما نبينه من خلال المطلبين التاليين ...

المطلب الاول :

حكم ما اذا طلب أحد الزوجين المعالجة وأبى الآخر •

طلب التداوى والمعالجة • اما أن يكون من قبل الزوج • أو
الزوجة •

فان كان من قبل الزوج • فاما أن توافق الزوجة على طلبه • أو
تمتنع •

فان وافقت • فقد تحقق طلب الزوج ورغبته في ذلك • وان امتنعت
فلا يجوز اجبارها على مداواة عيبها اذا كان خلقة • لان ذلك • يؤدي
الى أضرار بالغة • يصعب أن تتحملها • ولا ينبغي ازالة الضرر بضرر
أشد منه • وهذا ما قاله المالكية (١٢٩) وتبعهم في ذلك الشافعية

(٢٩) الشرح الكبير • للشيخ أحمد الدردير • مطبوع مع حاشية
الدسوقي للشيخ محمد عرفة ج ٢ ص ٢٨٣ • وما بعدها ، طبعة دار احياء
الكتب العربية •

والزيدية (١٢٠) وان لم يكن العيب خلقاً . أجبرت على ازالته .

أما اذا كان طلب المداواة من قبل الزوجة . بعد طلب الزوج ردها بالعيب . فان المالكية . يرون وجوب الصبر من قبل الزوج . واجابتها الى طلبها . ولا يجوز ردها قبل ذلك هذا فيما اذا كان العيب قديماً . فأصل المذهب . عدم جواز رد المرأة بالعيب الحادث (١٣١)

وتضرب المدة التي تلزم لعلاج عيب الفرج حسب تقاير الأطباء أو أهل الخبرة . مرفوعة الى القاضي . وبذا تختلف عن المدة التي تضرب للرجل . لعلاج عيبه التناسلي . والتي حددت على المشهور بسنة . بينما يرى الاباضية (١٣٢) قياس مدة علاج عيب المرأة على ما حدد بالنسبة لعيب الرجل . وذلك لمرور الفصول الاربعة عليها . والاول اولى . وهو عدم القياس . لان علاج داء الفرج غالباً ما يحتاج الى اجراء بعض الجراحات . التي لا يستغرق شفاءها بعض الشهر . ليس السنة . بخلاف داء الرجل . فقد يؤثر في اصلاحه مرور بعض الأزمنة والفصول عليه .

فاذا مضى الاجل المضروب لها . أو أجريت الجراحة اللازمة ولم

(١٣٠) تحفة المحتاج . للعلامة شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي مع حاشية الشرواني . ج ٧ ص ٣٤٦ . طبعة دار صادر . بيروت .
الازهار . لآحمد بن مرتضى بن الحسين المهدودي . مع التلخيص الجوار .
للسوكاني ج ٢ ص ٢٨٩ .

(١٣١) الخرش على مختصر خليل . ج ٣ ص ٢٤٢ . طبعة دار الفكر للطباعة والنشر . بيروت . جواهر الاكليل . للشيخ صالح الازهرى ج ١ ص ٢٩٨ . دار احياء الكتب العربية .

ج ٦ ص ٢٨٨ طبعة ١٤٠٥ هـ - ١٦٨٥ م مكتبة الارشاد .

تبرأ خير الزوج بين الابقاء • أو الرد • وتتحمل الزوجة بثمن الدواء
لانه يجب عليها أن تسلم نفسها للزوج غير معية • ويتحمل الزوج
بنفقتها في فترة المداواة • لاستمتاعه بها بغير الوطاء • كالتقيل •
والتفخيذ • وغير ذلك من الامور الاخرى (١٣٣) •

وفي كيفية معالجة المرأة • يرى الاباضية (١٣٤) :

أن المرأة • تعالجها النساء • أو زوجها • وهو أولى • وتعالجها
منهن • أمها • أو أختها • وان لم تحصنا • فأجنبية ومن تعدى العتاد •
ضمن عندهم •

وتقول الاباضية : المرأة تعالجها النساء • أمر يوافق المشروع :
فالمرأة • يجب ألا يطلع على عورتها أحد من الرجال • الا عند الضرورة
الملحة • فما أكثر الطبييات المتخصصات في أمراض النساء وغيرها ...

وأما قولهم • أو زوجها وهو أولى • يكون هذا مقبولا اذا كان
الزوج يمتن الطب ويتخذ مهنة رسمية • فهو في هذه الحالة • أولى
من الاجنبى • ان كانت له دراية بمعالجة مثل هذه العيوب • والا •
فلا يمكن حمل هذا القول على اطلاقه وكذا يقال بخصوص الام والاخت •

أما اطلاق هذا القول على العموم • فانما يكون فيمن يقوم بخدمة
المريض أثناء الفترة العلاجية المحددة •

(١٣٣) شرح منح الخليل • للشيخ محمد عيش • ج ٢ ص ٨٢ مكتبة
النجاح بليبيا ، حاشية الدسوقي • للشيخ محمد عرفة مع الشرح الكبير •
للردير • ج ٢ ص ٢٥٢ • طبعة دار احياء الكتب العربية •

(١٣٤) شرح كتاب النيل وشفاء العليل • لمحمد بن يوسف أطفيش
ج ٦ ص ٣٨٨ • طبعة ١٤٠٥ هـ — ١٩٨٥ م — مكتبة الارشاد •
م ٥ — حق الزوجين

المطلب الثانى :

أثر زمن حدوث العيب بالمرأة فى طلب المعالجة :

يختلف حق المرأة فى طلب التأجيل للمعالجة من العيب تبعا لزمن حدوثه .

نأذا كان قديما فانها لا تجبر عليه . وذلك لشدة تألمها بسببه ولكن اذا طلبته أجيبته الى طلبها ان كان لا يترتب عليه عيب . والا فلا حق لها . وان طلبه الزوج وامتنعت الزوجة فلا تجبر عليه . سواء كان يترتب على التداوى عيب جديد أم لا . ويحق للزوج طلب ردها ان امتنعت عن المعالجة . لانه يجب عليها أن تسلم نفسها له سليمة من كل عيب (١٣٥) .

أما اذا كان العيب عارضا وطلبه أحدهما أجيب الى طلبه . ان لم يترتب عليه عيب أو ضرر . فان تترتب عليه ذلك أجبرت اذا طلبه الزوج . والحاصل — أن الداء اما أن يكون قديما أو عارضا . وفى كل اما أن تطلب الزوجة التداوى ويأبى الزوج أو يطلب الزوج وتأبى الزوجة . فجملة الصور ثمانية . وهى كالاتى :

١ — ان كان العيب خلقة وطلبت الزوجة التداوى وأباه الزوج أجيب الى طلبه ان كان لا يترتب على التداوى عيب فى الاصابة . والا فلا .

٢ — وان كان الزوج هو الذى طلبه وامتنعت الزوجة فلا تجبر عليه سواء كان يترتب على التداوى عيب فى الاصابة أو لا .

(١٣٥) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٤ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٤ .

٣ — وان كان الداء عارضا وطلبه أحدهما فكل من طلبه منهما
أجيب الى طلبه ان لم يترتب عليه عيب في الاصابة • وان ترتب عليه
عيب أجبرت عليه ان طلبه الزوج • وان طلبته هي فلا يجبر الزوج
بل يخير (١٣٦) •

المبحث السادس

العيوب المشتركة المتفق عليها

بين فقهاء الشريعة الاسلامية ضروبا من العيوب يشترك فيها
الزوجان — أو الرجل والمرأة — وذلك لتمام موضع حلول الداء •

والتنويه بالعيوب المشتركة المتفق عليها في هذا المبحث يعنى
— بمفهوم المخالفة — أن هناك عيوباً مشتركة اختلف حولها الفقهاء •

ويعني في هذا المبحث بيان عيوب النوع الاول • لذا أفردنا
لها المطلب التالية •

المطلب الاول :

العيوب العقلية المشتركة • ومدى ثبوت الرد بها :

العيوب العقلية : هي التي لها صلة بالعقل • وذلك مثل الجنون —
والاغماء — والعتة — والخيل — والصرع — وما ينشأ عن ادمان تعاطي
المخدرات بأنواعها المختلفة • قبل الخوض في التفريق بهذه العيوب
يجدر بنا أن نتعرض لبيان مفهومها أولاً :

أولا : مفهوم العيوب العقلية :

من العيوب العقلية الجنون • وقد فسرہ الفقهاء بأنه • زوال الشعور من القلب مع بقاء القوة في الاعضاء (١٢٧) •

— ولكن صاحب كتاب معنى المحتاج • يرى أن التعريف السابق للجنون تعريف قاصرا أو ليس صحيحا • وقال : انى أرى أن الجنون هو عطب يصيب العقل فيجعله غير قادر على الادراك ومعرفة الصواب من الخطأ (١٢٨) •

— وجاء في كتاب الحجة على أهل المدينة • للامام محمد —

أن الجنون هو • اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة المدركة لعواقب الامور بأن لا تظهر آثارها • وتتعدل أفعالها • اما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة • واما لخروج مزاج الدماغ عن حد الاعتدال بسبب خلط أو آفة واما لاستيلاء الشيطان عليه • والقاء الخيالات الفاسدة اليه بحيث يفرح ويحزن ويفزع من غير ما يصلح سببا (١٢٩) •

— وقيل هو • آفة تعترى العقل وتسلبه •

(١٢٧) معنى المحتاج • للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٢ •
دار احياء التراث العربى ، نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣٠٧ • مطبعة
الطبى بمصر •

(١٢٨) معنى المحتاج — للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٣
دار احياء التراث العربى •

(١٢٩) كتاب الحجة على أهل المدينة • للامام محمد بن الحسن
الشيبانى ج ٣ ص ٣١٨ •

وهذا ما نميل اليه • لان الجنون غالبا ما يطرأ على الانسان بعد وجوده في هذه الحياة وأحيانا يصيبه في أواخر عمره • وليس نتصانا جبل عليه أصل الدماغ • كما يرى الامام محمد • وان كان يصح اعتباره في الخبل أو العته • فكثيرا ما يولد الشخص معتوها أو مضبو لا • بحيث لا يحسن شيئا من التصرفات •

— والاغماء — آفة تعترى العقل وتغلبه (١٤٠) •

أما العته • فهو قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتتم كما يفعل المجنون •

ثانيا : ثبوت التفريق بالعيوب العقلية •

العيوب العقلية أنواع • منها الطبيعي • ومنها العارض • أو المكتسب — ان صح التعبير •

وقد اختلف الفقهاء حول ثبوت الرد بهذه العيوب فالمالكية جعلوا الجنون نوعين •

النوع الاول : جنون لا يؤتمن • وبه يثبت عندهم حق الرد اتفاقا • سواء حدث قبل العتد أو بعده •

النوع الثاني : جنون يؤتمن • وهذا ما وقع بشأن الحادث منه خلاف بين المالكية •

فيرى ابن القاسم جواز الزوج به دون الزوجة •

(١٤٠) اللبلب في شرح الكتاب • للشيخ عبد الغنى الغنيمى الدمشقى ج ١ ص ٣١٨ • طبع دار الحديث للطباعة والنشر • بيروت •

- ويرى أشهب عدم الرد مطلقا •
- بينما يرى آخرون جواز الرد مطلقا سواء كان العيب العقلي •
- وهو الجنون • بالرجل أم بالمرأة • بعد الدخول أو قبله (١٤١) •

أما الجنون القديم فلا خلاف في جواز الرد به •

وخلاصة رأى المالكية : ثبوت الخيار في الرد بالجنون القديم لكل من الزوجين •

أما الحادث فلا يحق للزوج رد زوجته به • وهى مصيبة نزلت به وعليه أن يتحملها •

بينما يحق للزوجة رد الزوج به •

أما الشافعية :

فانهم يرون ثبوت الخيار بالجنون • والاعماء الدائم • سواء حدث بعد العقد أو كان موجودا قبله من غير تفرقة بين الرجل والمرأة وسواء كان جنونا مطبقا • أو متقطعا • إلا اذا كان قليلا جدا • بأن يأتى كل سنة يوما واحدا •

وقد استثنى بعضهم من الجنون • المتقطع • الخفيف الذى يطرأ فى بعض الزمان • فلا خيار به (١٤٢) •

(١٤١) شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨١ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص

(١٤٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٢ •

وقد اشترط الشافعية لثبوت الخيار بالاغماء •

١ — أن يكون ميئوسا من زواله • فهو في هذه الحالة كالجنون •

أما إذا كان الاغماء بمرض • وتحصل منه الافاقة فلا رد به • ولكي
يثبت الخيار بالخبيل • اشترط الشافعية فيه أن يكون دائما لا يزول •
فبهذه الصفة • يأخذ حكم الجنون •

ويعتبر الصرع عند الشافعية نوع من الجنون • إذا كان
مستمر (١٤٣) • هذا ولم يشترطوا الاستحكام في الجنون • لأنه يفضى
غالبا الى الجفائية •

أما الحنابلة فانهم يرون ثبوت الخيار بالجنون مطلقا • سواء
كان مطبقا • أو متقطعا (١٤٤) • لان النفس لا تسكن الى من في هذه
حاله • وقد وافقهم في ذلك الزيدية وان اختلفوا في الخفيف الحادث
بالزوجة بين جواز الرد وعدمه •

أما الاباضية فقد أجازوا الرد به • ولو صرع بجنون مرة واحدة
وصحا بعدها عشرين سنة وكذلك إذا كان الرجل معتوها •

ومذهب الاباضية • الرد بالعيب العقلي أو غير العقلي حتى ولو
زال قبل العقد • لان ذلك مظنه خوف الرجوع مرة أخرى • بالرجل
كان أو المرأة •

ثانيا : العيوب العقلية المكتسبة •

العيوب العقلية المكتسبة هي الناتجة عن تعاطي وادمان بعض

(١٤٣) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٣ •

(١٤٤) الفروع ج ٥ ص ٢٣١ •

المخدرات التقليدية • كالحشيش والافيون • أو المستحدثة كالهروين • والكوكايين • والمورفين • والا ل • اس • دى • وغير ذلك من المسميات الاخرى • وتعاطى المخدرات يقبل عليه كثير من حديثى العهد بالزواج • رغبة منهم فى خلق أكبر طاقة جنسية ممكنة • واطالة أمدها • وزيادة الشعور والاحساس بالمتعة والنشوة • مما يترتب عليه كما يقول أستاذنا الدكتور أحمد طه ريان فى كتابه — المخدرات بين الطب والفقہ — الوقوع فى بئر الموت — وقد رأينا من الفائدة بل من الضرورة أن نتعرض لتلك الاشياء من حيث بيان موقف الفقہ الاسلامى منها بشأن التفريق بين الزوجين اذا ابتلى أحدهما أو كلاهما بها وذلك انطلاقاً من مبدأ صلاحية الشريعة الاسلامية لكل زمان ومكان •

والمخدرات بأنواعها المختلفة لها من الخطورة على الفرد والاسرة بل والمجتمع ما يستحق أن يهب الجميع لها وقاية وعلاجاً ومكافحة دون ما توقف أو ملل حتى الاتضاء عليها •

الاصل الشرعى لحظر تداول وتناول المخدرات :

من الثابت أن الاحكام الشرعية تدور مع مصالح العباد • فالحكم الشرعى قد يقتصر بالعلة أو بالمصلحة (١٤٥) • فالشريعة الاسلامية • جاءت لتحقيق الخير للناس ومطالبتهم بما فيه المصلحة (١٤٦) والبعد عن المفسدة • والمصالح المعتبرة ثلاثة :

(١٤٥) الموافقات فى اصول الاحكام للشاطبى ج ٢ ص ٣ ، المستصنى للغزالى ج ١ ص ٣٧٦ وما بعدها •

(١٤٦) المصالح المعتبرة هى المصالح الضرورية • والحاجية • والتحسينية • فالمصالح الضرورية هى اصول مصالح الناس • أو ما يسمى بضرورياتهم •

- ١ — مصالح ضرورية .
- ٢ — مصالح حاجية .
- ٣ — مصالح تحسينية (١٤٧) .

وهى التى تقدم عليها حياتهم بحيث اذا فقد منها واحدا اختل نظام الحياة وعم الفساد فى الارض . وضاعت مصالح العباد . وهذه الضروريات هى : حفظ الدين والنفس والمال والعقل .

٢ — والمصالح الحاجية . هى التى لا يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة كما يحصل وتختلف أمر ضرورى . ولكن حاجة الناس الى هذه المصالح للتيسير ورفع الحرج عنهم . فكل ما يرفع الحرج عن الناس . كشرع الرخص فى العبادات — فهو أمر حاجى يقصد به رفع المشقة والحرج عن الناس .

٣ — والمصالح التحسينية — هى التى لا يترتب على فقدانها فوات أمر ضرورى أو حاجى وانما هى أمور تقتضيها الآداب وسير أمور الناس سيرا حسنا فهى تتعلق بالآداب العامة ومكارم الاخلاق . كآداب الاكل والشرب والتصدق على الفقراء والمساكين والمصالح الضرورية أصل الحاجية والتحسينية . فاذا حوفظ على الضرورى ينبغى أن يحافظ على الحاجى . واذا حوفظ على الحاجى فينبغى أن يحافظ على التحسينى واذا ثبت أن التحسينى يخدم الحاجى . وأن الحاجى يخدم الضرورى . فان الضرورى هو المطلوب الاصل . والمحافظة عليه تستلزم المحافظة على الحاجى والتحسينى ومن هذا يتضح أن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد وهى عدل كلها ورحمة كلها . وحكمة كلها . فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة . وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة . انظر اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١ .

(١٤٧) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٣ . أصول الفقه للاستاذ محمد

زكريا البرديسى ص ٤٤٠ .

غير أن سبل مراعاة هذه المصالح تختلف من تشريع الى تشريع •
ومن قانون الى قانون (١٤٨)

هذا وقد زعم الجاهلون بالتشريع الاسلامى • أنه ليس فى القرآن
ولا السنة النبوية الشريفة تحريم ونهى صريح بشأن المخدرات والمفترات
والحقيقة أن هذا زعم باطل • فما أكثر الآيات التى وردت فى
القرآن العظيم عن الضرر والاضرار بالنفس أو الغير •

لان المتصد الاصلى — كما تقدم — هو لمصالح العباد • ومن هذه
الآيات • قوله تبارك وتعالى « انما الخمر والميسر والانصاب والازلام
رجس من عمل الشيطان • فاجتنبوه لعلمكم تغفلون » (١٤٩) •

هذه الآية الكريمة — وان كان لم يرد فيها ذكر المخدر كما فى الخمر
الا أننا لا ننظر الى الاسماء المجردة ولكننا ننظر الى النص الكريم
بحسب ما يترتب على الشئ من آثار •

أى أننا ننظر الى النص ان ورد فى شئ معين على أنه عام فى
كل ما يتوافق — قياسا — فى أثره • وفى هذا المعنى قال الامام ابن
تيميه •

المخدر أخبث من الخمر من جهة أنه يفسد العقل والمزاج حتى

(١٤٨) المعاملات • دراسة مقارنة • للدكتور الصدة ج ١ ص ٢٨ •

(١٤٩) سورة المائدة آية رقم ٩٠ •

يصير في الرجل تخنث وديائه • وغير ذلك من الفساد • والحشيشة
داخلة فيما حرمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظا ومعنى (٥٠) •

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم :

« لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » •

وفي هذا الشأن قال ابن تيمية •

هذه الحشيشة الملعونة هي وآكلوها ومستحلوها الموجبة لسخط
الله وسخط رسوله صلى الله عليه وسلم • وسخط عباده المؤمنين
المعرضة صاحبها لعقوبة الله تشتمل على ضرر في دين المرء وعقله وخلقه
وطبعه وتفسد الامزجة حتى جعلت خلقا كثيرا مجانين •

وبعد — لعنا نكون قد وفقا في بيان الاصل الشرعي لحظر تداول
وتناول المخدرات •

واننا نرى من الفائدة أن نعرض بعضا من أقوال العلماء
والمختصين لنرى من خلالها مدى الخطر الداهم الذي يكمن في شتى
أنواع المخدرات (١٥١) •

(١٥٠) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٠ •

(١٥١) تعريف المخدرات — عرفها الامام القرافي فقال : هي ما غيبت
العقل والحواس دون أن يصحب ذلك نشوة وسرور • انظر الفروق
للقرافي ج ١ ص ٢١٧ •

وقال بعض العلماء في تعريف المخدر • هو مادة تحدث بالجسم ثقلا
وشعورا بالكسل • انظر دائرة المعارف القرن العشرين •

وقيل • المخدر هو كل مادة خام أو مستحضرة من شأن استخدامها

التماذج :

١ — إن أدمان المخدرات (١٥٢) يؤدي الى رد فعل سريع يسبب

أن يضر بالفرد والمجتمع جسميا ونفسيا واجتماعيا . انظر ظاهرة تعاطي المخدرات للدكتور سعد المغربي استاذ علم النفس بكلية الشرطة بحث نشر في الندوة الدولية العربية حول ظاهرة تعاطي المخدرات . المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي . المكتب الدولي العربي لشئون المخدرات . القاهرة ٤ — ١٠ مايو آيار سنة ١٩٧١ م ص ٢٤ وما بعدها .

ثم النقل بتعرف .

تعريف المفتر :

هو استرخاء الاطراف وحيورتها الى وهن وانكسار وان لم ينته الى حد الاسكار كالبنج ونحوه . انظر الخمر وسائر المسكرات تحريمها وأصرارها . لآحمد بن حجر آل بو طامى البنعلق قاضى المحكمة الشرعية بدولة قطر ص ١١١ طبعة ثانية ١٣٩٤ — ١٩٧٤ . الدار السلفية بالكويت .

اول من وصف التخذير بمصر .

يعتبر ابن البيطار عالم الاعشاب والنباتات الاندلسى اول من وصف التخذير بمصر . حيث ذكر أنه كان يزرع في بساتين مصر . وكان الفقراء يدمنون النبات المشهور منه . وهو القنب . والقنب ذكور واناث . ويمكن معرفة ذلك بالعين المجردة عند اكتمال نمو النبات وظهور زهوره . فزهرة الانثى غير ظاهرة وزهرة الذكرى باهرة وباردة وفيها حبوب اللقاح التى تتم من خلال الرياح فيتم التكاثر . انظر ظاهرة تعاطي المخدرات للدكتور سعد المغربي ص ١٩ .

(١٥٢) المخدرات أنواع كثيرة منها الطبيعية . وهى نباتات تحتوى أوراقها أو زهورها أو ثمارها على مادة مخدرة . وأهم هذه المخدرات :

١ — نباتات القنب .

٢ — نبات الخشخاش .

٣ — نبات الكوكا .

٤ — نباتات محلية .

الضعف العاجل ثم العجز الكامل في المسألة الجنسية (١٥٣) •

٢ — ان المدمن على تعاطي المخدرات يصاب جسمه بالوهن والضمور وشحوب الوجه وضعف الاعصاب • وغالبا ما ينتهى الاذمان بصاحبه الى الجنون (١٥٤) •

٣ — ان تناول مليجرام واحد من مخدر ال • اس • دى • كاف لاجراج أعقل العقلاء من عالمه الى الهلوسة والجنون لساعات طويلة • فلو وزعت خمسون جراما على بلد تعدادة نصف مليون انسان لاحالهم الى شعب من المجانين (١٥٥) •

انظر كتاب حكم تناول المخدرات والمفترات في التشريع الاسلامي والقانون ص ٣٧ اصدار وزارة الاوقاف • المجلس الاعلى للشئون الاسلامية • ونبات القنب • المراد به القنب الهندي والذي يوجد به أعلى نسبة من المخدر • والقنب • هو الاسم العلمى اللاتينى لهذا النبات • كنبيس انديكا • وكنابيس سلتاتيفا • انظر المرجع السابق ص ٣٨ •

والحشيش أو القنب الهندى له مشتقات كثيرة وله تأثير ضار ومدمر للجسم والى جانب ذلك يوجد من المخدرات المصنعة الكوكايين • والهروين والمورفين والـ ال • اس • دى • واللامفيتامين • والبنج • وغير ذلك من المشتقات الاخرى •

(١٥٣) حكم تناول المخدرات والمفترات وتداولها في التشريع الاسلامي والقانون للاستاذ عادل رسلان ص ٤٨ • مطبوعات المجلس الاعلى للشئون الاسلامية •

(١٥٤) المخدرات في راي الاسلام للدكتور حامد جامع والعقيد محمد فتحى عيد ص ١٧ •

(١٥٥) كتاب المخدرات بين الطب والفقہ للدكتور احمد طه ريان ص ٤٩ •

— في الحشيشة مائة وعشرون مضرّة دنيوية وأخروية • وانها
تورث أكثر من ثلثمائة داء في البدن • كل داء لا يوجد له دواء في هذا
الزمان • فمنها تنقيص القوى • وانحراف الدماء • وتقليل الماء • وتفتيت
الكبد • وتقريح الجسد • وتضعيف اللثات • وتصفير اللون • وتورث
البخر • وتولد السوداء • والجذام والبرص وموت الفجأة • وتولد
الاعشاء في العيون • وتخلط العقول وتورث الجنون غالبا • وتجلب
الامراض والاسقام والوقوع في الحرام (١٥٦) •

٥ — الادمان يجعل حال المدمن كحال المريض مرضا عتليا • ولقد
أوصت لجنة خبراء الصحة العالمية الخاصة بالادمان في تقريرها الحادي
عشر والخاص بالحجز المدني للمدنيين (١٥٧) •

٦ — التعود على الادمان والسكر يضعف ملكات السكر رويدا
رويدا ، ويعتريه الهذيان • والالوهام والعلل النفسية والجنون (١٥٨) •

٧ — ان الادمان ينتهي بالمدمن الى حضيض الجريمة أو
الجنون (١٥٩) •

(١٥٦) عن الشيخ قطب الدين العسقلاني عن اقوال الحكماء في كتاب
— المتن — للامام الشعراني •

(١٥٧) بعض الاعتبارات الاجتماعية والقانونية في مشكلة المخدرات •
عنوان لمقال منشور في مجلة الامن العام • العدد ٦٠ يناير ١٩٧٣ م د •
أحمد محمد خليفة رئيس المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ورئيس
اللجنة الدولية للدفاع الاجتماعي بالامم المتحدة •

(١٥٨) الاسلام والطب للدكتور شوكت الشططس ج ٣ ص ٦ • طبعة
جامعة دمشق •

(١٥٩) شرح قانون العقوبات التكميلي في جرائم المخدرات • للدكتور
رؤوف عبيد • ص ٩ •

٨ — ان المخدرات — كما هو مدلول لفظها — تخدم الاحساس
واللذة المنشودة من العملية الجنسية • وتجعل العلاقة الجنسية علاقة
آلية لا روح فيها ولا متعة للطرفين •

وهذه الحساسية تضعف على مرور الايام لدرجة قد ينتهى معها
هذا الشعور الجنسي • فيكون بذلك قد جنى المدمن على شهوته الجنسية
وقدرته التناسلية فى سن مبكرة مما يجعله يندم أشد الندم على ما
اقتترف فى حق نفسه وطبيعته • ومن هنا تفقد العلاقة الزوجية ركنها
هاما فيها • قد يؤدى الى تدهور الحياة الزوجية نفسها (١٦٠) •

٩ — قال ابن البيطار (١٦١) • يوجد من القنب الهندى نوع لم أراه
بغير مصر ويزرع فى بساتينها يسمى الحشيشة • وهو يسكر جدا اذا
ما تناول منه الانسان قدر درهم أو درهمين • وقد استعمله قوم فاختلفت
عقولهم • وأدى بهم الحال الى الجنون • وربما قتلت (١٦٢) •

لعلنا مما سبق عرضه من نماذج حول بيان الاثر الذى يخلفه تعاطى
وادمان المخدر عموما • نكون قد وفقنا فى الوصول الى المراد ولعله
اتضح لكل راغب مدى خطورة الامراض الناشئة عنها والتى تفوق
— فى أضرارها — كل مرض طبيعى غير مكتسب عقليا كان أو بدنيا
أو جنسيا •

(١٦٠) المخدرات بين الطب والفقہ للدكتور أحمد طه ريان ص ٢٥ •

(١٦١) ابن البيطار • هو أبو محمد عبد الله بن أحمد ضياء الدين
الاندلسى • العشاب المعروف بابن البيطار • ولد عام ٥٧٥ هـ وتوفى عام
٦٤٦ هـ • وتم ميلاده فى أواخر القرن السادس الهجرى فى مدينة مألغة •
له مؤلفات عديدة فى الطب بالاعشاب •

(١٦٢) عون المعبود شرح سنن أبى داود ج ١ ص ١٢٨ للشيخ
شمس الحق •

فاذا ابتلى أحد الزوجين بواحد من تلك الامراض نتيجة ادمانه
المخدر • وتقدم الزوج الآخر بدعوى للمحكمة يطلب فيها التفريق
بهذا الداء • فانتنا ننظر •

غاما أن يكون صاحب الدعوى الزوج أم الزوجة •

فاذا كان الزوج • فاما أن يكون العيب الذى نتج عن ادمانها
المخدر عيبا عقليا • أو بدنيا • أو جنسيا •

فان كان عيبا عقليا • كالجنون وغيره • فنزولا على رأى جمهور
الفقهاء يجوز للقاضى اجابة الزوج الى ما طلب • ولكن بعد انتهاء
المدة التى تقدر لمعالجتها من العيب • ان كان يرجى زواله •

فاذا تبين من تقارير الاطباء • أو الطبيب المعالج بالمصحة أن
هذا الداء غير قابل للعلاج لزمانته • فرق القاضى بينهما •

وكذلك اذا كان العيب الموجود بالزوجة عيبا عقليا أو جنسيا •
والاخير متصور وجوده بها • خلاف عيوب الفرج المعروفة • وهى القرن
والرتق وغيرهما • فكثيرا ما يقتل الادمان الرغبة الجنسية بالمرأة •
وهذا عيب جنسى خطير • يقلق الزوج ويؤثره • وربما أدى به الى
الانزلاق فى المحرم بحثا عن قضاء حاجته بعيدا عنها •

أما اذا كان طالب الرد • الزوجة • وكان العيب المراد الرد به
عيبا عقليا • كالجنون • أو بدنيا • كالجذام أو البرص •

فاتباعا لمذهب الجمهور والامام محمد من الاحناف •

يجوز للقاضى أن يجيب الزوجة لطلبها ويقضى بايقاع الفرقة
بينهما •

أما إذا كان العيب الموجود بالزوج عيبا جنسيا • فإنه يجوز
للقاضي اجابة الزوجة الى طلبها • ولا يجوز اجبار الزوجة على البقاء
معه إذا تبين أنعجز الكامل عن مخالطتها جنسيا • ولم يكن ثمة أمل في
شفاءه • خوفا من الفتنة وارتكاب المحرم من جانب الزوجة • هذا
إذا لم تكن طاعنة في السن • أما إذا كانت كذلك • أو كان الزوج طاعنا •
فلا ينبغي اجابة واحد منهما • حفظا لهما واستجابة لدعوة الشرع الحكيم
بالتآلف وعدم القطيعة •

ولن يلتفت الى أى من الاسباب التى دعت الى تعاطى المخدرات
ولو كان بغرض المداواة • وذلك لحرمة التعامل مع هذه الاشياء مطلقا •
قياسا على الخمر ومشتقاتها •

فقد ورد عن صاحب الدر المختار قوله :

• ان استحلال المخدرات كاستحلال الخمر (١٦٣) •

— وقيل • استحلال المخدرات كاستحلال الخمر • ومن استحل
المخدرات يكفر ويباح قتله (١٦٤) •

وقيل أيضا • الخمر والمخدرات فيهما الحد • وقاعدة الشريعة
أن ما تشتهيه النفوس من المحرمات • كالخمر والزنا ففيه الحد • وما لا
تشتهيه • كالميتة • ففيه التعزير • والحشيشة مما يشتهيها آكلوها •
ويزممتعون من تركها • ففيها الحد (١٦٥) •

(١٦٣) الدر المختار شرح تنوير الابصار • مطبوع مع حاشية ابن
عابدين ج ٥ ص ٤٥٣ •

(١٦٤) المرجع السابق •

(١٦٥) الخمر وسائر المسكرات • تحريمها واضرارها • لاحمد أتينعلى
ص ١٩ دولة قطر •

وقال صاحب نهاية المحتاج :

انحشيش حالة اسكار وتحريم (١٦٦) .

هذا فضلا عن كثير من الفتاوى الشرعية (١٦٧) التي وردت في شأن
تحريم تعاطي المخدرات وتناولها تحت أى من الظروف والدوافع . حتى
وان كان القصد غير سىء .

المطلب الثانى :

العيوب البدنية المشتركة ومدى ثبوت الرد بها .

ينحصر العيب البدنى المشترك فى الجذام والبرص .

مفهوم الجذام والبرص .

الجذام علة يحمر منها العضو ثم يسود ويتشقق ويتساقط .
وغالبا ما تكون رائحته كريهة (١٦٨) .

(١٦٦) نهاية المحتاج للرملى ج ١٠ ص ٨ .

(١٦٧) ومن هذه الفتاوى . فتوى الشيخ عبد المجيد سليم . والشيخ
محمد حسنين . خلوف مفتى الديار المصرية السابق . وافضل ما قيل فى ذلك
قول شاعر الوهابيين .

وافقتوا بتحريم الحشيش وحرقه وتطلىق محتش للزجر وقرروا
لبائعه التأديب والفسق اثبتوا وزندقة للمستحل وحرروا

(١٦٨) الاصل فى الجذام ما ورد عن رسول الله (ص) انه قال لو فند
ثقيف عندما حضر لمبايعته وكان فيهم رجل مجنوم . ارجع فقد بايعتك .

والجذام مأخوذ من الجذم وهو القطع • ومنه قوله صلى الله عليه وسلم • كل خطبة ليس فيها شهادة كاليد الجذماء • أى المتطوعة • ويتصور هذا الداء فى عضو من أعضاء البدن • وان كان حدوثه بالوجه أغلب (١٦٩) •

وقال صاحب كتاب النيل :

الجذام علة تحدث من انتشار السوداء بالبدن كله فتفسد مزاج الاعضاء ونهياتها وربما انتهى الى تاكل الاعضاء وسقوطها بعد تقرح •

وقال • ليس هو المرض الافرنجى المسمى الفرائس • لانه حدث فى الاندلس فى القرن الثامن بسبب اجتماع عساكر الروم من اسبانيا ودانيا وهذا الداء يشبه الجذاع فى ما ينتج عنه من ضرر (١٧٠) •

وقد رده لثلا ينظر اليه أصحابه فيزدرونه • ويرون لانفسهم فضلا عليه فيدخلهم العجب والزهو • او لثلا يحزن برؤية النبى (ص) وأصحابه وما فضلوا به عليه فيقل شكره على بلاء الله تعالى • وقيل ان الجذام من الامراض المعدية كانت العرب تتشائم وتتطير منه فرده النبى (ص) لثلا يعرض لبعضهم جذام فيظن ان ذلك قد أعداه • وما يضر هذا انه (ص) أخذ بيد مجذوم فوضعها فى القصعة فقال • قل ثقة بالله وتوكلا عليه • ليعلم الناس ان شيئا من ذلك لا يمكن ان يحدث الا بتقدير الله تعالى • وقانا الله سبحانه وتعالى شر الاذى •

(١٦٩) الحجة على اهل المدينة • ج ٣ ص ٣١٨ ، معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٢ •

(١٧٠) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٨٦ •

• ثبوت التفريق بالجذام والبرص •

اختلف الفقهاء في ثبوت الرد بهذين العيين لكل من الزوجين •
فالمالكية يرون ثبوت الرد للمرأة اذا وجدت بزوجه جذاما محققا غير
مشكوك فيه • قل أو كثر • حدث بعد العقد أو قبله •

أما اذا وجد بالزوجة فلا يخلو الحال من أمرين •

الامر الاول • أن يكون العيب قديما •

الامر الثانى • أن يكون حادثا •

فان كان قديما جاز للزوج الرد به أو كثر •

أما ان كان حادثا فلا يملك الزوج الرد •

وقد خالف بعضهم هذا القول وأجاز الرد بالجذام الحادث متى

• كان محققا (١٧١) •

أما الحنابلة — فيجيزون الرد بالجذام القديم والحادث متى كان
محققا • وعلة ذلك عندهم • أن الجذام عيب في النكاح أثبت مقارنا
فيثبته طارئاً (١٧٢) •

أما البرص • فقد أجازوا الرد منه بالقديم اتفاقاً • أما الحادث
فأصح الاقوال عندهم جواز الرد به • كما في الجذام الحادث (١٧٣) •

(١٧١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٤٨ •

(١٧٢) شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٥١ •

(١٧٣) كشف القناع ج ٥ ص ١١١ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص

أما الشافعية : فلم يفرقوا بين قديم وحادث • ولكنهم اعتبروا
تفاحش العيب مجيزا للرد اذا كان مستحكما • وأن يرجع في ذلك الى
قول أهل الخبرة سواء كان العيب بالرجل أم بالمرأة • وهذا أصل
المذهب (١٧٤) • وبه أخذ الاباضية في البرص خاصة أما الجذام فيجوز
الرد بالقديم ان كان بالرجل أو المرأة •

• أما الجذام الحادث فأصل المذهب عدم جواز الرد به مطلقا (١٧٥) •

المطلب الثالث : الرد بالعيب التناسلي المشترك •

يشترك الرجل والمرأة في بعض العيوب التي تتعلق بالجهاز
التناسلي كالخنوثة والعذيفة والعقم • واليك بيان هذه العيوب •

اولا — الخنوثة وأحكامها :

الخنوثة عيب مشترك بين الرجل والمرأة •

والخنثى هو الذى يبول من مبال الرجال • أو هو الذى لا يكون
نه عضو الرجل فيكون رجلا • أو عضو المرأة فيكون امرأة وانما هو
بين هذا وذاك •

نوعا الخنثى : الخنثى نوعان :

١ — نوع له فرج المرأة وذكر الرجال (١٧٦) •

(١٧٤) حاشية الجمل ج ٤ ص ٢١٣ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ •

(١٧٥) شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٢٨٦ •

(١٧٦) البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٥ •

٢ — ونوع ليس له واحد منهما • بل له ثقبه يخرج منها
الخارج ولا تشبه فرج واحد منهما •

فالاول يبين أمره بأمور هي :

الامر الاول : البول • فان كان يبول بذكر الرجال فرجل • وان
كان يبول بفرج النساء فامرأة •

الامر الثاني : الحيض • وخروج المنى في وقت الامكان • فان
أمنى بالذكر فرجل • وان أمنى بالفرج فامرأة •

الامر الثالث : الولادة فهي تقيد القطع بالانوثة •

الامر الرابع • احباله لغيره •

الامر الخامس : اظهار الشجاعة والفروسية •

الامر السادس : نبات اللحية • وان كان غير قاطع في دلالة على
الذكورة • حيث يجوز أن تشارك المرأة الرجل في هذه الصفة • ولقد
سمعنا من مصدر موثوق به • ان احدى السيدات في بعض البلاد
العربية قد شوهدت وهي تقوم بعملية الحلق لشعر نبت في ذقنها وبلغ
من الكثافة بحيث لا يفترق عما ينبت للرجل منه •

النوع الثاني : لا يبين الا بالليل الجنسى • بالمنى المتصف بأحد
النوعين •

أما الذى لا يبين فيؤخذ في حقه بالاحتياط وترك الشك (١٧٧) •

حكم الرد بهذا العيب :

- الخنثى : اما أن يكون مشكلا أو غير مشكل •
- فان كان مشكلا • فنكاحه باطل عند الشافعية والحنابلة (١٧٨) •
- أما الاحناف فقد اعتبروه كالعنين (١٧٩) في كل أحكامه •
- ونحن نميل الى ما ذهب اليه الاحناف • حيث الموافق لتقدم وسائل المعالجة والمداواة في هذا العصر •
- وان كان الخنثى ظاهرا • أى غير مشكل • بعلامة قطعية أو ظنية أو باخباره • فإنه يثبت به الرد عند الحنابلة قولاً واحداً (١٨٠) وعند الشافعية قولان :

- القول الاول : انه لا خيار له في الاظهر •
- لان ما به من ثقبه أو سلعة زائدة • لا يفوت مقصود النكاح •
- القول الثانى : يثبت له • وذلك لنفرة الطبع عنه (١٨١) •
- ونحن نرى • أنه ان كان به ما يمنع الاستمتاع وتحقيق مقصود النكاح ولم يمكن ازالته عن طريق اجراء بعض الجراحات الخاصة بذلك ثبت حق الرد •

(١٧٨) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ •

(١٨٩) الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٢٥ •

(١٨٠) كشف القناع ج ٥ ص ١١٠ •

(١٨١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣١١ الطبعة الأخيرة •

أما اذا أمكن ازالة ما يعوق العملية الجنسية • بحيث كان من السهل تحقيق الهدف من النكاح لم يثبت الرد •

ثانيا : العذيفة :

ومدى ثبوت الرد بها لكل من الزوجين :

تعتبر العذيفة عيبا من العيوب المشتركة • اذا تكرر حدوثها من أحد الزوجين بحيث تصير عادة •

وهي حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع • ويقال للرجل عذيوط •

ويقول ابن عرفة • هذه الكلمة هكذا وصلت في قانون الطب • وتنطقها العامة العذروط لمن يحدث عن الجماع •

وانما هو العذيوط • كما يتول الجواليقي(١٨٢) • لان العذروط • أو العذروط • الذي تقوله العامة • هو الذي يخدمك بطعامه وجمعه عصاريط وعصارطه •

والعصارط • الفرج الرخو •

والعذروط • الخادم بطعامه لبطنه • والعذيفة • مصدر العذيوط • وهو من يحدث عند الجماع(١٨٢) •

(١٨٢) مواهب الجليل للمغربي ج ٣ ص ٤٨٤ •

(١٨٢) جواهر الاكليل للازمري ط ١ ص ٢٩٩ •

ثبوت الرد بالعنيفة :

يرى المالكية • ثبوت الخيار بهذا العيب • حتى أن بعضهم قال :
العنيفة أولى في الرد من العفل •

وجاء في حاشية الدسوقي : أنه يثبت في القديم فقط أما الحادث
فلا رد به (١٨٤) •

ثالثا : العقم :

العقم • هو عدم مقدرة الجهاز الخاص بالانجاب لكل من الزوج
والزوجة على القيام بأداء ما أنيط به من مهام •

وهذا العيب قديم قدم الانسان • وهو عيب مشترك بين الرجل
والمرأة •

فاذا تبين أن أحد الزوجين عقيم • فهل يحق للزوج الآخر طلب
التفريق بذلك ؟

١ — يرى الامام أحمد (١٨٥) رحمه الله • أن يتبين أمره • وقال •
عسى امرأته تريد الولد • وهذا في ابتداء النكاح •

أما اذا تم النكاح • فان العقم لا يفسخ به النكاح • لانه لو ثبت
في ذلك ثبت في الآية • ولان ذلك لا يعلم •

(١٨٤) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٧ •

(١٨٥) يلاحظ أن أصحاب الامام أحمد بن حنبل • يرون عدم جواز
الرد بالعقم مطلقا •

ولان رجالا يولد لهم وهم شيوخ • فلا يتحقق ذلك منها وغير ذلك
لا يثبت به غسخ (١٨٦) •

بينما يرى فريق من المالكية • ثبوت الخيار للزوج الآخر اذا
وجده عقيما •

ونحن نرى • أن ما ذهب اليه الامام أحمد رحمه الله تعالى •
هو الصواب • لان الشواهد تدل عليه وتؤيده • فقد يأتى الولد وأبواه
قاربا نهاية الاجل • وخير شاهد على ذلك ما جاء فى القرآن الكريم حيث
قال تعالى : « فأوجس منهم خيفة قالوا لا تخف وبشروه بغلام عليم •
فأتبلت امرأته فى صرة فصكت وجهها وقالت عجوز عقيم • قالوا كذلك
قال ربك انه هو الحكيم العليم » (١٨٧) •

فقد من الله تعالى على سيدنا ابراهيم وزوجته بالولد • وقد
بلغا من العمر مبلغا • كما هو صريح منطوق الآية الكريمة السابقة •

ولا يقال • ان هذه خصوصية من خصوصيات الانبياء هذا اذا
كان العقم طبيعيا • أى لا دخل للشخص فيه • اما اذا كان قد نتج عن
فعل • كادمان المخدرات أو غير ذلك فانه — والحال كذلك — يجب على
القاضى أن يجيب طالب الرد لطلبه • حتى يكون ذلك زجرا له ولغيره •
ومانعا من اقتراف مثل تلك الاشياء •

وبذا نكون قد عملنا بالرأين • والعمل بهما خير من ترك أحدهما •

(١٨٦) المغنى • لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٢ •

(١٨٧) سورة الذاريات • آية رقم ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ •

المطلب الرابع :

• حق الزوجين في طلب التأجيل للمعالجة من العيب المشترك •

إذا تقاضا أحد الزوجين بعيب من العيوب المشتركة في الزوج الآخر
وطلب المعيب مهلة ليتداوى فيها فما الحكم ؟

يرى المالكية جواز التأجيل للعيب إذا كان يرجى منه الشفاء •
وكان عيباً قديماً • أما الحادث فيؤجل فيه للرجل دون المرأة •

ويعزل المجنون عند المالكية عن امرأته طوال فترة العلاج فان شفى
بعد المدة والا فرق القاضى بينهما (١٨٨) •

ونحن نرى عدم اقتصار العزل على الجنون فقط بل هو في الجذام
والبرص أولى • لأن مخالطة المجذوم والمبروص تسبب العدوى هذا
إذا وجد من يقوم على رعايته من أهله غير زوجته •

أما إذا عدم المعين من الأهل فيلزمها القيام عليه حتى يتبين أمره
تمشياً مع سماحة الإسلام •

ولزوجة المجنون — ان دخل بها — الحق في النفقة من مال زوجها
الخاص طوال مدة المعالجة بلا خلاف بين العلماء • أما إذا لم يدخل
بها • ففيل ليس لها شيء من ذلك • والصحيح أن لها النفقة •

أما زوجة المجذوم والمبروص فلها النفقة في مدة العلاج سواء
دخل بها أم لم يدخل بها اتفاقاً •

المبحث السابع

ثبوت التفريق بالعيوب المشتركة المختلف فيها وحكم اشتراط الصفة

يوجد من العيوب المشتركة ما لا يؤثر في أصل الوطء • وإن أثر في كماله • وهى في ذات الوقت لا تمنع مقصود النكاح •

فاذا وجد أحد الزوجين واحدا من هذه العيوب بالزوج الآخر أو تخلف شرط أو صفة • كان قد اشترطها في عقد النكاح فهل يحق له طلب الرد بذلك ؟

هذا ما نجيب عنه في المطلبين التاليين •

المطلب الاول :

التفريق بالعيوب المشتركة المختلف فيها :

تختلف هذه العيوب عن العيوب المتفق عليها من حيث أن الاولى يصعب حصرها • وذلك لاختلاف رغبات الناس وميولهم • فما يعد عيبا عند أحدهما لا يعد كذلك عند الآخر • من هذا المفهوم يصعب تحديدها في أنواع معينة •

فالمالكية قد ذكروا منها : السواد — والقرع — والاستحاضة — والكبر — والشلل • وقد اشترطوا لثبوت الخيار بها أن يصرح الزوج بسلامة الزوجة منها عند العقد سواء عين ما شرط السلامة منه أو جمع (١٨٩) •

وفرقوا بين هذه العيوب • والعيوب المتفق عليها بما يلي :

١ — العيوب المتفق عليها تعافها النفس • وتتقص الاستمتاع المتصود من الفكاح •

٢ — العيوب المتفق عليها منها ما يسرى الى النفس كالجذام والجنون • وغيرها ليس كذلك •

وغير المشترك مقصر في الاستعلام • فان لم يشترط السلامة منها فلا يثبت له الرد (١٩٠) •

٣ — وذكر الشافعية منها : البخر — والصنان — والقروح السيالة والعمى — والزمانة — والبله — والاستحاضة •

وبين الشافعية • أن هذه العيوب لا خيار فيها باستثناء الاستحاضة فيثبت بها الخيار (١٩١) ويبدو من هذا الاستثناء أن الشافعية يعتبرون هذا العيب مانعا من الاستمتاع بالزوجة • وذلك لنفرة النفس والطبع منه • ولحلول هذا العيب بمحل الوطء وهو الفرج •

٤ — بالاطلاع في كتب الحنابلة وجدنا أنهم يفرقون بين نوعين من هذه العيوب :

النوع الاول : ويتمثل في الفتق — وبخر الفم — وبخر الفرج —

(١٩٠) المرجع السابق •

(١٩١) معنى المحتاج للنوى ج ٣ ص ٢٠٣ • نهاية المحتاج للرملى

ج ٦ ص ٢١٥ •

- واستطلاق البول والقروح السيالة — والباسوز (١٩٢) والناصر (١٩٣) •
• وهما داءان بالمقعدة وهذا النوع يثبت به الرد رواية واحدة •

وذلك لان هذه العيوب تمنع لذة الوطء وتماه (١٩٤) •

النوع الثانى : ويتمثل فى العمى والعور • والعرج • والخرس
والطرش وقطع اليد وقطع الرجل • وكل عيب ينفر الزوج الآخر منه •
وهذا النوع انقسم الحنابلة بشأن الرد به الى فريقين :

الاول : يرى عدم جواز الرد • وبه أخذ الاباضية (١٩٥) •

والثانى : يرى جواز الرد • واليه مال ابن القيم • لان النكاح
عنده اولى من البيع •

وقد عورض هذا بأن هناك فرقا بين البيع والوطء • وتلك العيوب
لا تؤثر فيه — أى الوطء — ولا تمنعه •

(١٩٢) الباسور • منه ما يأتى كالعدس أو الحمض أو العنب أو
التوت • ومنه ما هو غائر داخل المقعدة • وكل من ذلك أما سائل أو غائر •
(١٩٣) الناصور • أو الباصور • قروح غائرة تحدث فى المقعدة
يسيل منها صديد وينقسم الى نافذة وغير نافذة •

وعلاوة النافذة أن يخرج الريح والبخو بلا ارادة •

واذا ما ادخل فى الناصور ميلا وادخل اصبع فى المقعدة فان التقيا
فالناصر نافذ • كشف القناع ج ٥ ص ١١٠ •

(١٩٤) كشف القناع ج ٥ ص ١١٠ •

(١٩٥) شرح كتاب النيل ج ٦ ص ٣٨٨ •

علة التفريق بين هذه العيوب والعيوب المتفق عليها :

فرق الفقهاء بين العيوب المتفق عليها والمختلف فيها بما يلي : —

الفرق الاول : أن العيوب المتفق عليها تعافها النفس وتنقص الاستمتاع المقصود من النكاح •

الفرق الثانى : ان العيوب المتفق عليها لا يرضى بها أحد عادة فان كالجذام والجنون • وغيرها ليس كذلك (١٩٦) •

الفرق الثالث : ان العيوب المتفق عليها لا يرضى بها أحد عادة فان المقصود بالنكاح الوطء • بخلاف اللون • والطول • والقصر • ونحوه •

الفرق الرابع : ان ما ينضبط به كمال الوطء مختلف بين الناس والنكاح بخلاف البيع لا تؤثر فيه الصفات المختلفة والاموال لا يرضى بها على الصفات المختلفة • اذ المقصود بها التمول • وهو باختلاف الصفات • والمقصود من النكاح المصاهرة والاستمتاع • وذلك يحصل باختلاف الصفات فهذا فرق شرعى معقول فى عرف الناس (١٩٧) •

المطلب الثانى :

حكم ما اذا شرط أحد الزوجين شرطا أو صفة ثم تبين خلافه •

من الصفات ما يكون مقصودا ويفتقر العتد الى ذكره ومنها ما لا يفتقر اليه مطلقا •

(١٩٦) جواهر الاكلیل ج ١ ص ٢٩٩ •

(١٩٧) المرجع السابق •

فاذا شرط أحد الزوجين شرطا أو صفة في الآخر فخرج على خلاف
ما شرط • فهل يثبت له الخيار ؟

• للإجابة عن ذلك نقول •

الصفات المشروطة اما أن يكون تخلفها مؤثرا أو غير مؤثر • فاذا
كان تخلف الشرط أو الصفة يؤثر في النكاح • كما اذا شرطها بكرا (١٩٨)
فوجدتها ثيبا • فاننا — والحال كذلك — نفرق بين أمرين •

الامر الاول : أن تكون بكارتها قد زالت بنكاح • ففي هذه الحالة
يثبت للزوج حق الرد اتفاقا •

الامر الثانى : أن تكون بكارتها قد زالت بغير نكاح • كأن تمارس
الفتاة نوعا من أنواع الرياضات العنيفة كالوثب — والجمباز — وألعاب
القوى التى تعتمد على الحركة العنيفة • مما يترتب على ذلك من زوال
للبكرة • فان حدث ذلك ففيه تولان :

الاول : جواز الخيار • مثلها مثل العذراء • وذلك باعتبار أن
البكر مرادفة للعذراء (١٩٩) •

والثانى : عدم ثبوت الخيار • وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن

(١٩٨) البكر هى التى لم توطء بعقد صحيح أو فاسد جارى مجرى
الصحيح •

(١٩٩) العذراء هى التى لم تزل بكارتها بمزيل • فلو أزيلت بكارتها
بزنا أو بوثبة أو بنكاح لا يقران عليه فهى بكر • وهى أعم من العذراء •
راجع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٠ •

هي لم تنزل بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد جاری مجرى الصحيح (٢٠٠) والى هذا القول ذهب المالكية والشافعية وبه أخذ الامامية •

وقال الشافعية : ان من شرط مثل هذا • فقد ظلم نفسه • وقالوا أيضا • ليس النكاح كالبيع • فلا خيار في النكاح من عيب يخص المرأة في بدنها (٢٠١) لا يؤثر وجوده في النكاح •

أما اذا كان تخلف الشرط أو الصفة لا يؤثر في النكاح • كأن يشترطها جميلة • فتبدو على غير ما اشترط • أو طويلة فتبدو قصيرة • الى غير ذلك من الصفات الاخرى •

فاذا تبين ذلك • فان المالكية يرون ثبوت الخيار للزوج اذا كان الشرط صريحا • ولو كان بوصف الولي للزوج وان لم يسأله الخاطب • فللزوج ردها • ولا شيء عليه • أو ابقاءها وعليه جميع الصداق (٢٠٢) •

والى هذا القول مال الحنابلة • الا أنهم لم يشترطوا التصريح بالشرط (٢٠٣) •

ولكن اذا كتب الموثق في وثيقة الزواج • أن الزوجة صحيحة في عقلها وبدنها • فتوجد بخلاف ذلك • ففي هذه المسألة قولان :

(٢٠٠) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٠ ، شرح منح الجليل ج ٢ ص ٨٤ •

(٢٠١) المجموع شرح المهذب ج ١٥ ص ٢٧٠ ، المختصر النافع ص ١٨٦ •

(٢٠٢) جواهر الاكليل ج ١ ص ٢٩٩ •

(٢٠٣) الفروع • ج ٥ ص ٢٣٦ ، الاقتناع ج ٣ ص ٢٠١ •

القول الاول : ثبوت الخيار للزوج • وعلى هذا القول يحمل ما كتب في الوثيقة على أن الزوج شرطه •

القول الثانى : عدم ثبوت الخيار للزوج • وعلى هذا القول يحمل ما كتبه الموثق على أنه زيادة من عنده لجريان العادة بها (٢٠٤) •

أما خلف الظن • فلا خيار به عند المالكية • لان الزوج مقصر فى الاستعلام عن هذه الاشياء (٢٠٥) •

أما الشافعية : فقد ورد عنهم بشأن تخلف الشرط أو الصفة قولان :

الاول : ثبوت الخيار • وذلك لان هذه الصفات تعتبر من مقاصد النكاح • ولا يتم التمتع مع عدمها •

الثانى : عدم ثبوت الخيار • وذلك لان تبدل الصفة ليس كتبدل العين •

الرد على القول الثانى :

ان النكاح يبطل • لانه يعتمد الصفات • فتبدلها كتبدل العين (٢٠٦) •

والحقيقة • أن قول الشافعية فى هذه المسألة فيه بعض التناقض اذ كيف اذا تخلف شرط أو صفة يؤثر تخلفها فى العقد كبكرة المرأذ

(٢٠٤) جواهر الاكلیل ج ١ ص ٢٩٩ •

(٢٠٥) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٠ •

(٢٠٦) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٩ ، نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١٦ •

أو عدم بكارتها • لا يحق للزوج طلب الرد به • لأنه كما يقولون • مقصر في الاستعلام عنها وأنه ظالم لنفسه باشتراطه هذا الشرط بينما إذا تخلف شرط لا يؤثر تخلفه أو ذكره في عقد الفكاح • كاشتراط وصف الطول • أو القصر • أو الجمال • أو البياض أو غير ذلك من الاوصاف الشكلية •

ولقد حاولنا — جاهدين — معرفة قصد الشافعية من ذلك وبعد تفكير مضنى اهتدينا الى تعليل لذلك نرجو أن يكون صوابا •

وهو أن الشافعية يرون في تخلف الشرط أو الصفة الدالة على حسن المظهر رغبة من الزوج عن الزوجة لتأثير ذلك في نفسه بانقباضها لدمامة خلقتها • فتقتل في نفسه الشعور بالرغبة اليها • فيمتنع التمتع بها أو ينقص •

بخلاف ما إذا كانت المرأة جميلة حاضرة الجمال والفتنة فجدير بهذا الحسن أن يعكس شدة الاقبال عليه دون اعتبار للبكارة أو غيرها • وكثير من الناس يفضلونها ثيبا جميلة عن أن تكون بكرا دميمة •

التفريق بالعيب في القانون المصري للأحوال الشخصية (٢٠٧) •

نصت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ على ما يلي :

(٢٠٧) كلمة الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند الفقهاء • ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه • ولكنه اصطلاح ورد في الفقه الايطالى في القرنين الثانى عشر والثالث عشر • وقت أن كان هذا الفقه يبحث مشكلة تنازع قانونين كانا قائمين وقت ذاك • هما القانون الرومانى باعتباره القانون العام الذى يحكم كل اقليم ايطاليا • والثانى : القانون المحلى الذى

« للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل • ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به • فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » •

شرح المادة :

قبل صدور القانون رقم ٣٥ سنة ١٩٢٠ كان التفريق بين الزوجين بالعيب جائزا في المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اذا كان العيب أحد العيوب التناسلية الثلاثة المستحكمة وهي الجب والعنة والخصاء • وهذا ما يتفق وأرجح الاقوال في مذهب الاحناف • ولكن المشرع بتقريره هذه المادة قد توسع في العيوب التي تبيح للزوجة طلب الفرقة • وهذا ما لم يذهب اليه أحد الاثمة الاربعة في الشريعة الاسلامية • بل لم يذهب اليه الزيدية ولا الشيعة الجعفرية وغيرهم •

يحكم حدود اقليم معين • وقد سمي الفقهاء الايطاليون الاول منها « قانون » والثاني « حال » جمع « أحوال » • وقد قسمت هذه الاحوال فيما بعد قسمين • أحدهما احوال تعلق بالاشخاص • وثانيهما احوال تتعلق بالاموال • وتحكم الروابط المالية • ثم استقر الاصطلاح الاو وسمى « الاحوال الشخصية » أما الاصطلاح الثاني فقد سمي « بالاحوال العينية » وقد شاع الاصطلاحان معا في قانون كل دولة من الدول • ومن هذا يتبين أن اصطلاح الاحوال الشخصية لم يكن معروفا في الفقه المصري • وغير معروف عند فقهاء الاسلام • الا فيما تم تأليفه حديثا بعد أن نزع الفقه الغربي الى الشرق الاسلامي(*) •

(*) راجع الاحوال الشخصية • للاستاذ المنتشر أحمد نصر الجندي ص ٥ طبعة ١٩٨٧ •

ملاحظاتنا على نص المادة ٩ :

لنا على المادة السابقة ملاحظات جديرة بالاهتمام مؤداها ما يلي :

- ١ - أن القانون توسع في العيوب التي تبيح للزوجة طلب الفرقة .
- وهذا - كما ذكرنا من قبل - ما لم يذهب اليه امام من الائمة الاربعة .
- بل لم يذهب اليه غيرهم من فرق الشيعة .

وقد حاول الاستاذ المستشار أحمد نصر الجندى في كتابه الاحوال الشخصية (٢٠٨) الانتصار لما ورد بالمادة سابقة الذكر فقال : ان الفقهاء وان حصروا العيوب اختلفوا في بيانها . وهو اختلاف - كما يتول - يرجع الى آثار وردت أو قياس استعملوه . مقتضى تياسهم في كثير من العيوب التي ذكروها يؤيد ما نص عليه القانون في المادة التاسعة منه . من اعتبار كل عيب أو مرض مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل .

ولم يبين لنا الاستاذ المستشار المقصود - من بيانها - ولم يذكر شيئاً من الآثار التي وردت كما يقول حتى يطمئن ضمير القارىء والباحث . ثم أخيراً لم يتعرض سيادته لتوضيح نوع القياس الذى استخدمه فقهاء الشريعة الاسلامية . وما هو المقيس والمتيس عليه . وهل في كل أمر يمكن استخدام القياس ؟

ولعله خفى على الاستاذ المستشار أن فقهاء الشريعة الاسلامية وان اختلفوا في بيان العيوب - كما ورد عنه - الا أنهم متفقون دلالة وضمناً - ان لم يكن صراحة - على أن المعول عليه في طلب التفريق

(٢٠٨) الاحوال الشخصية . تعليق على نصوص القانون . للاستاذ المستشار أحمد نصر الجندى . باب التفريق بالعيوب طبعة ١٩٨٧ .

هو عدم حصول مقصود النكاح • الذى تم العقد لاجله • وهو الوطء
وانجاب الولد •

وليس أى أمر آخر مهما تعددت صورته وأشكاله • لان عقد
النكاح مبنى على المكارمة لا المشاحة • وليس كل ما يرد به البيع يرد
به النكاح •

٢ — ان هذا القانون قد أعطى حق طلب الفرقة بالعيوب للمرأة
دون الرجل • وكان من العدل أن يجعل له حق طلب الرد بالعيوب الذى
يمنع مقصود النكاح فى المرأة • كالرتق والقرن والعفل • وكل عيب
عضال من عيوب الفرج دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس
والخداع وسيلة للحصول على المال •

٣ — ذكر العيوب التى تبيح الفرقة بوصفها عيوباً مستحكمة لا
يمكن البرء منها أو يمكن بعد زمن طويل مع تضرر المرأة بها كما سوى
بين ما كان منها قبل العقد وما حدث بعده فوضع بهذا قاعدة تعتبر أساساً
للتوسع فى العيوب المبيحة للفرقة كما قال ابن القيم • وان خالفه فى
العيوب الحادثة بعد العقد •

٤ — ان القانون لم يحدد الزمن الطويل الذى يعتبر البرء فيه
من العيب بعيداً • وكان حرياً به أن يحدده بسنة بناء على المأثور فى
التأجيل حتى لا يوقع القضاة فى حيرة •

٥ — عدم معرفة المراد بالعيوب التى مثل بها فى نص المادة
التاسعة من القانون المذكور مما أدخل الوهم والخلط فى عقل القارئ
والباحث والمشتغل بتطبيق الاحكام فى دور القضاء وغيرها •

فنحن لا ندري بهذا التمثيل • هل يراد منه قصر نص المادة
على ما يراد اعتباره من العيوب التى لم تكن معتبرة من قبل فتكون

العيوب التناسلية الثلاثة المتفق عليها خارجة عن حكم هذا القانون ويبقى العمل بها على ما كان عليه قبله • أم أراد دخول العيوب التناسلية في القاعدة بحكم عمومها • ولا يشفع لهذا الخلط ما ورد بالذاكرة الايضاحية لهذا القانون • من أن عيوب الرجل قسمان :

١ — قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب الامام أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو التفريق بالعيوب التى تتصل بقربان الرجل لاهله •

٢ — وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الا بضرر •

٦ — ان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتخاذه للوصول الى الحكم بالفرقة فلم يعين ا زمن الطويل — كما ذكرنا سابقا — الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو ترتبه على تقارير أهل الخبرة من الاطباء بعد وجود ثبوت العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الاخذ بأرجح الأقوال من مذهب الاحناف طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (٢٠٩) •

أحكام قضائية بشأن التفريق بالعيب :

١ — من المقرر فقها وقضاء أن الامراض التى وردت فى سياق نص المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إنما هى على سبيل المثال لا الحصر • ولذلك فهى تتسع لاي مرض آخر لا يمكن البرء منه • أو يمكن البرء منه بعد أمد طويل ولا يمكن للزوجة المقام معه الا بضرر كالسل الرئوى والزهرى أو غير ذلك من الامراض •

« محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٨/٤/٨ في القضية رقم ٣٠٠٢ لسنة ١٩٥٦ كلى » •

٢ — تتقدير وجود العيب المستحكم بالزوج ومدى علم الزوجة به ورضاها مع وجود العيب صراحة أو دلالة من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة •

— نقض ١٩٨٢/٥/١٨ • الطعن ١٠ لسنة ١٩٥١ •

٣ — قعود المدعية عن رفع دعوى التطلاق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضا منها بالعيب الذى أصاب زوجها اذ أنها كما قالت فى عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجو براءه ليعود اليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والامل فى الشفاء من الرضا به •

هذا فضلا عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع مايجب أن تتحلى به الزوجة الصالحة من وفاء واخلاص •

— محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٥٨/١/٤ في القضية رقم ٢٥٦ لسنة ٥٧ كلى •

٤ — من حيث أنه تبين من ترار المجلس الحسبى أن زوجها المحجوز عليه قد حدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها اذ ذلك طلب تعيين المدعة قيمة عليه ورأى المجلس تعيين المدعى عليه قيما وحيث أن هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضى أنها مكثت بجواره نحو تسع سنين لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية وأقرت به أمام المحكمة حيث أن سبب طلاقها أنها

لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لان المدعى عليه بصفته قيما على زوجها لم يؤد لها النفقة الاداء الذى تترتاح اليه نفسها وتعدرت أنه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث أن المادة التاسعة من ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نصت على أن لا يجوز التفريق اذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به وحيث أن رضاء المدعية بذات العيب فيه العلم هو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبى وبما قررته المدعية نفسها أمام هذه المحكمة •

— محكمة مغاغة الشرعية ٢٥ / ١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٦ ص

• ٧٥٤ (٢١٠)

٥ — اذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وأن أصبح معها قادرا على اتيان زوجته بما ينفى عنه عيب العنة الا أنه أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذا لا يتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما عصبية ونفسية فضلا عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التداخل الجراحى استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه وينتفى موجب التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة •

(نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن ١٣ س ٥٠ ق)

٦ — ••••• وحيث أن التقرير الطبى يدل على أن الزوج السابق عنده حالة جنون ناشئة عن تعاطى مواد مخدرة وأنه لا يمكن الآن

(٢١٠) ورد بكتاب موسوعة الاحوال الشخصية • للاستاذ معوض عبد التواب رئيس نيابة النقض ص ٥٨٥ طبعة ثالثة •

معرفة ما اذا كان سيشفى من هذه الحالة التى عنده أو لا ولا معرفة ما اذا كانت حالته تتحسن من العلاج أو لا تتحسن وان زوجة هذا المريض ولا يمكن لزوجته على الوجه الموضح به حيث أن المادة التاسعة توجب الفهم والذاكرة ويخلط في كلامه بين بعض الموضوعات وبعضها الآخر ولا يمكن لزوجته على الوجه الموضح به حيث أن المادة التاسعة تجب التفريق بين الزوجين اذا كان بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر وحيث أن التقرير يدل على أن الحالة التى عند هذا الزوج تستوجب التفريق بينه وبين الزوجة عملا بالمادة التاسعة من ق ٢٥ / ١٩٢٠ (٢١١) .

(محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ فى القضية رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ كلى) .

٧ — حكمت محكمة شربين الشرعية المنعقدة فى ٢٧ محرم سنة ١٣٤٥ هـ ٨ أغسطس سنة ١٩٢٦ . فى القضية الآتية :

ادعت المدعية على المدعى عليه دعوى طلبت الحكم لها عليه بالتفريق بينهما . لانه عنين . لا قوة له على اتيان النساء الى آخر ما جاء بالمحضر والمدعى عليه اعترف بالزوجية وأنكر ما عدا ذلك من بائى وقائع الدعوى . . . والمحكمة قررت أخيرا احضار المدعية لعرضها على النساء . وفعلا حضرت وعرضت على امرأة ومكنت من الاختلاء بها للكشف عليها . وبعد أن اختلت بها وعادت حلفناها اليمين الشرعية . وقالت :

(٢١١) مشار اليه بهوسوعة الاحوال الشخصية للاستاذ معوض عبد التواب رئيس نيابة النقض ص ٥٨١ ، ٥٨٢ .

انها اطلعت عليها فرأتها ثيبا وحلف المدعى عليه اليمين الشرعية على ما أنكره .

حيث ادعت المدعية دعواها المذكورة وطلبت التفريق بينها وبين المدعى عليه . حيث أقر المدعى عليه بالزوجية وأنكر ما عدا ذلك . وحيث أثبتت المدعية أن المدعى عليه دخل بها بشهادة شاهدين . وحيث عرضنا المدعية على امرأة من النساء وقررت أنها اختلت بها وكشفت عليها وشهدت بأنها ليست بكرا .

وحيث أن الحكم الشرعى يقضى بأن الزوجة اذا طلبت التفريق لان زوجها عنين وادعت أنه لم يصل اليها وأنها لا تزال بكرا . فان القاضى يريها للنساء فاذا قررن أنها ليست بكرا ترفض دعواها بعد أن يحلف الزوج اليمين على أنه وصل اليها . . . ولهذا قرر القاضى رفض الدعوى التى أقامتها المدعية . . .

وهذا الحكم استؤنف وتأييد لصحة أسبابه (٢١٢) .

(مجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ٤٤٣) .

الباب الثاني

آراء الفقهاء في تفريق الزوجين بالعيوب

التفريق بالعيوب لا شك مسألة من المسائل الفقهية الهامة في الفقه الاسلامي . فمن تدبر مقاصد الشرع الحكيم في مصادره وفوائده وعدله وحكمته يكتشف الغاية النبيلة التي تهدف اليها الشريعة السمحة في كل أمر تتناول تنظيمه بين الناس . ومن هذه الامور التفريق بالعيوب . وهو ما نتعرض له تفصيلا من خلال المباحث التالية .

المبحث الاول

آراء الفقهاء في التفريق بالعيوب وشروطه

تعددت آراء الفقهاء واختلفت في قضية التفريق أو الرد بالعيوب . فمنها المجيز ومنها المانع . ومنها ما سلك طريقا بين هذا وذاك . وبيانا لذلك أفردنا المطلب التالي .

المطلب الاول :

منشأ الخلاف وأسبابه :

بينت المصادر الفقهية التي اطلعنا عليها فيما يتعلق بهذه القضية أن منشأ الخلاف بين فتناء الشريعة الاسلامية فيما اذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا لم يكن عالما به ولم يشترط السلامة منه . ولكن جرت العادة على السلامة منه . هل له الحق في طلب الرد بهذا العيب مطلقا ؟ أم في حال دون حال ؟ هذا ما يتعلق بمنشأ الخلاف بين الفقهاء .

• أما أسباب الخلاف فانها ترجع الى أمرين •

الامر الاول :

قول الصحابي : **أهو حجة يصل به عند عدم وجود غيره من الأدلة أم لا ؟**

الامر الثاني :

• قياس النكاح على البيع •

فبالنسبة للامر الاول فقد انقسم الفقهاء فيه على رأيين •

الرأي الاول : يرى أصحاب هذا الرأي اعتبار قول الصحابي حجة يعمل به في حالة عدم وجود نص قرآني كريم أو سنة شريفة • أو اجماع •

حجة هذا الرأي :

احتج أصحاب هذا الرأي • لما ذهبوا اليه فقالوا :

١ — ان الصحابة بلا تفريق هم بناء المدرسة الفقهية الاسلامية بعد وفاة الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم • وهم أقدر الناس على فهم نصوص القرآن الكريم ومعرفة أسرار ومعاني الالفاظ • وقد قال في حقهم المصطفى صلى الله عليه وسلم • أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم (١) •

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم جواز الاخذ بقول الصحابي

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل ج ٣ ص ٢٢٠ •

حجة هذا الرأي :

احتج أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا اليه فقالوا :

١ — ان الصحابي مثله مثل غيره من الناس • فرأيه عرضة للخطأ والصواب • ومن شأنه ذلك لا يصح الاعتماد عليه • فلا فرق بين قوله وقول غيره •

الترجيح :

بعد عرض ما سبق فأننا نرى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأي الاول • من أن قول الصحابي حجة يعمل به عند عدم الدليل • ولكننا نقيد الاخذ بما قالوا به بالشروط التالية •

الشرط الاول :

أن يكون الصحابي أحد الخلفاء الراشدين الاربعة • أبو بكر — وعمر — وعثمان — وعلى • استنادا الى قول النبي صلى الله عليه وسلم • عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى عضوا عليها بالبواجد • رواه أحمد في مسنده •

وهؤلاء الاربعة هم المقصودون بالخلفاء دون غيرهم من الصحابة (٢) •

الشرط الثانى :

أن يكون فى قول الصحابى جلب لمنفعة ودرء لمفسدة عن المسلمين • ومثل ذلك ما كان يحدث فى عهد الصحابة رضوان الله عليهم • فقد أفتى

(٢) الاحكام فى اصول الاحكام لابن حزم الاندلسى ج ١ ص ١٢٧ •

سعيد بن المسيب بجواز التسعير رغم مخالفته لاجماع الصحابة • حيث
في هذا العمل محافظة لاموال المسلمين من الضياع (٣) •

أما بالنسبة للامر الثانى :

وهو قياس النكاح على البيع • وان كان قد قال به بعض
الفقهاء (٤) الا أنه عورض من قبل كثير منهم حيث أنكروا تشبيه النكاح
بالبيع •

وذلك لاجماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به
البيع •

المطلب الثانى :

آراء الفقهاء وأدلتهم :

للفقهاء فى هذه القضية آراء متعددة يمكن حصر الظاهر منها فى ثلاثة
آراء • نعرضها كما يلى :

الراى الاول :

ثبوت حق التفريق لكل من الزوجين اذا وجد بالآخر عيبا يمنع
مقصود النكاح •

(٣) كشف الاسرار للبزدوى ج ٣ ص ٢٦٣ ، ارشاد الفحول الى
تحقيق الحق فى علم الاصول للشوكانى ص ٧٦ وما بعدها •

(٤) يرى جماعة من الفقهاء جواز قياس النكاح على البيع فيرد فى
النكاح ما يرد فى البيع • وعلى راس هؤلاء الامام ابن القيم وأصبح بالقول
بأن العمى والخرس والطرش وغيره من أعظم المنقرات والسكوت عليه
من اقبح التدليس والغش وهو مناف للدين • انظر المجموع شرح المذهب
ج ١٥ ص ٢٧١ •

وقد ذهب الى هذا الرأى جمهور الفقهاء من المالكية (٥) والشافعية (٦) والحنابلة (٧) • وبه أخذت فرق الشيعة • كالزيدية (٨) • والامامية (٩) • والاباضية (١٠) •

ورغم اتفاق هؤلاء الفقهاء حول مبدأ جواز الرد بعيب بالنكاح الا أنهم — فى ذات الوقت — مختلفون فى ماهية العيوب التى يثبت بها حق الرد كما بينا فى الباب السابق •

أدلة هذا الرأى :

استدل أصحاب هذا الرأى • على ثبوت حق الخيار (١١) لكل من الزوجين اذا رأى أحدهما بالآخر عيبا يمنع مقصود النكاح بالأدلة التالية :

الدليل الاول : ما رواه أحمد عن الماقسم المازنى قال : أخبرنى

(٥) حاشية السوقى ج ٢ ص ٢٤٦ ، الخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٥ ، مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٨٣ ، حاشية الرهونى ج ٣ ص ٢٧٣ •

(٦) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ ، نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٧٧ •

(٧) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٧٩ ، المبدع فى شرح المقنع ج ٧ ص ٧١ • شرح منتهى الارادات ج ٣ ص ٤٩ ، الكافى ج ٣ ص ٦٠ •

(٨) البحر الزخار ج ٣ ص ٦٠ •

(٩) المختصر النافع ص ١٨٦ •

(١٠) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٨٦ •

(١١) الخيار • هو تمكين أحد الزوجين من رد صاحبه بعيب يظهر تغلب السلامة منه عادة •

جميل بن زيد قال • صحبت شيخا من الانصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له • كعب بن زيد • أو زيد بن كعب فحدثني • أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة (١٢) من غفار • فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحا بياضا فانحاز عن الفراش • ثم قال • خذى عليك ثيابك • ولم يأخذ مما آتاها شيئا (١٣) •

وجه الدلالة من الخبر :

إذا كان الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم وهو قدوة المسلمين قد ورد عنه الرد بالعيب • فلا أدل على ذلك من جوازه •

ويقاس على ما ورد بالخبر بقية العيوب الاخرى • كالجنون والجدام والجب والعنة والخصاء والقرن • وغيرها مما يتفق في ضرره •

لان تلك العيوب المذكورة تأخذ حكم البرص الوارد ذكره في الخبر •

مناقشة هذا الخبر :

لم يسلم الخبر السابق • الدال على حصول وائتعة الرد من النبي صلى الله عليه وسلم • الذي احتج به جمهور الفقهاء والشيعة • من الاعتراض والمناقشة وبيان ذلك فيما يلي : —

١ — هذا الخبر يدور سنده على رجلين هما محل نظر •

أولهما • جميل بن زيد •

وثانيهما • زيد بن كعب • أو كعب بن زيد •

(١٢) هذه المرأة • قيل اسمها الغالية • وقيل أسماء بنت النعمان وقال الحافظ غيرها • وقال الزهري هي امرأة من بنى بكر بن كلاب •

(١٣) رواه أحمد في مسنده ج ٣ ص ٤٦٣ •

فأما زيد بن كعب فهو ليس من الصحابة • لانه لا يعرف منهم
سوى زيد بن كعب البهزي ثم السلمى • وليس هو الذى حدث جميلا
هذا اذا كان المراد زيد بن كعب •

وأما اذا كان المراد كعب بن زيد • فلا يوجد مصدر يدل عليه
سوى جميل بن زيد • وجميل بن زيد هذا غير ثقة ومضطرب الحديث (١٤)
واضطرابه كما يلى :

١— فهو تارة يرويه عن ابن عمر •

٢— وتارة يرويه عن زيد بن كعب بن عجزه الانصارى عن أبيه •
وقد أنكر ابن حيان على جميل روايته عن ابن عمر • ويقال •

روى عن ابن عمر ولم ير ابن عمر •

٣ — وتارة يرويه عن زيد بن كعب • أو كعب بن زيد •

وقال البخارى (١٥) : جميل بن زيد لم يصح حديثه •

(١٤) معنى اضطراب الحديث : أن يكون الحديث قد روى على وجه •
ويرويه البعض الآخر على وجه آخر مخالف لهم • ويشترط فى المضطرب :
١ — أن تكون الواجه متساوية فى الصحة •

٢ — أن لا يمكن الجمع بين الوجوه المختلفة • فان أمكن الجمع زال
وصف الاضطراب • راجع مصطلح الحديث ورجاله لاستاذنا الدكتور محمد
اسماعيل أبو الريش •

(١٥) الامام البخارى : هو أبو عبد الله محمد بن أبى الحسن اسماعيل
بن ابراهيم بن المغيرة بن الاحنف • حبر الاسلام • والحافظ للحديث والسنة •
ولد فى بخارى ونشأ يتيما • وكانت ولادته يوم الجمعة بعد الصلاة • لثلاث
عشرة ليلة خلت من شوال • وقيل لاثنى عشرة ليلة عام ١٩٤ هـ • وكان
شيخا نحيف الجسم له مؤلفات عظيمة فى السنة : سمع من ألف شيخ •
روى عنه قوله : ما وضعت فى كتابى الصحيح حديثا الا اغتسلت قبل ذلك
وصليت ركعتين • توفى رحمه الله ليلة عيد الفطر • ودفن يوم العيد •
عام ٢٥٦ هـ • راجع الاعلام للزركلى ج ٦ ص ٢٥٨ •

وقال ابن معين • جميل بن زيد ليس بثقة •

وقد أورد أبو بكر بن عياش اعتراف جميل في شأن ما رواه عن ابن عمر قال : أي جميل • « انما قالوا لي اكتب أحاديث ابن عمر فقدمت المدينة فكتبتها » •

مما سبق يتبين لنا • أن الحديث آمنة في جميع الكتب جميل بن زيد ولم يثبت من طريق مخر •

لذا لا نستطيع الجزم بصحة واقعة زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من الغفارية (١٦) •

• الدليل الثاني •

ما رواه ابن وهب • من أن رجلا تزوج امرأة فدخل عليها يوما وعليها ملحفة فترعها فاذا هو يرى بياضا في باطن فخذاها واضحا • فقال خذى عليك ملحفتك • فكتب الى عمر بن عبد العزيز فرد عمر أن يستحلفه بالله في المسجد أنه ما تلذذ منها بشيء منذ رأى ذلك منها • أو حلف أخوتها أنهم ما رأوا ذلك العيب منها قبل ذلك • فان حلفوا فاليعط المرأة صداقها ربعة (١٧) •

وجه الدلالة من هذا الخبر :

يدل هذا الخبر على جواز الرد بالبرص وقياسا عليه يجوز الرد بالعيوب الاخرى •

(١٦) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٦٧ ، المحلى لابن حزم ج ١٠

ص ١١٥ •

(١٧) المصنف للصنعاني ج ٦ ص ٢٤٣ •

الدليل الثالث :

ما رواه الامام مالك (١٨) رضى الله عنه قال :

سمعت سعيد بن المسيب يقول • قال عمر بن الخطاب • أيما امرأة تزوجت • بها جنون أو جذام أو برص • فدخل بها فاطلع على ذلك • فلها مهرها بمسيبته أيها • وعلى الولي الصداق بما دلس كما غره (١٩) •

وجه الدلالة من الخبر :

هذا الخبر المروى عن عمر رضى الله عنه يثبت حق الخيار بالجنون والجذام والبرص • ويقاس على ذلك كل عيب ينفر عن الوطاء • ويمنع بلوغ المقصود من النكاح •

مناقشة هذا الخبر :

نوقش الدليل السابق بما يلى :

(١٨) هو مالك بن أنس الاصبهى الحميدى أبو عبد الله • امام دار الهجرة وأحد الائمة الاربعة عند أهل السنة • واليه ينسب المذهب المالكى ولد رضى الله عنه فى المدينة سنة ٩٣ هـ ٧١٢ م • كان صلبا فى دينه حتى أن الرشيد العباسى وجه اليه الدعوة لياتيه فرفض الامام مالك الذهاب الى الخليفة وقال • العلم يؤتى • فقصد الرشيد منزله فجلس بين يدى الامام من اجلال رسول الله صلى الله عليه وسلم اجلال العلم • فسأله المنصور مالك واستند الى جدار الحائط • فقال له الامام مالك • يا أمير المؤمنين أن يضع كتابا للناس فوضع الموطأ • توفى رحمه الله تعالى عام ١٧٩ هـ ٧٩٥ م بالمدينة المنورة • انظر الديباج المذهب ص ١٧ ، الوفيات ج ١ ص ٤٣٩ •

(١٩) موسوعة فقه عمر بن الخطاب • للدكتور محمدرؤاس قلجى ص ٤٨٩ ، المصنف للصنعانى ج ٦ ص ٢٤٤ • منشورات المجلس العلمى •

١ — أن هذه الرواية عن عمر غير صحيحة • لأنها من طريق سعيد بن المسيب عن عمر • ولا سماع من عمر إلا نفيه النعمان بن مقرن (٢٠) •

٢ — أن قول عمر لا يعتبر دليلاً شرعياً يلزم الناس به (٢١) •

الرد على المناقشة السابقة :

أولاً : أن القول الصادر من عمر بن الخطاب رضى الله عنه قول صحابى يرى بعض الفقهاء جواز العمل به مع وجود المخالف •

ثانياً : إذا قلنا بعدم التسليم بالاعتداد بقول الصحابى دون الاستناد الى شىء من السنة الشريفة نقول :

أن القول الصادر من عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يكن ليصدر عنه إلا إذا كان عن سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢٢) •

الدليل الرابع :

ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« فر من المجذوم فرارك من الاسد » •

وجه الدلالة من الحديث السابق :

أن النبى صلى الله عليه وسلم كان من عادته المصافحة ولما امتنع

(٢٠) هو النعمان بن عمرو بن مقرن بن عائذ بن ميجا بن هجير بن نصير بن حبيشة بن كعب بن ثور بن هذمة بن لاطم بن عثمان بن مزيعة • شهد بيعة الرضوان • وأول من استشهد في موقعة نهاوند • أنظر سير الاعلام الذهبى ج ١ ص ٤٠٣ •

(٢١) السيل الجرار للشوكاتى • ج ٣ ص ٢٩٠ •

(٢٢) معنى المحتاج ج ٣ ص ٤٠٣ •

عن مصافحة المجذوم القادم في وفد لبايعته وأمر من كان معه بالابتعاد عنه • علمنا يقينا عدم جواز مخالطة من به هذا الداء (٢٣) •

مناقشة الدليل السابق :

نوقش هذا الدليل بما يلي :

- ١ — ان الامر في الخبر لا يحمل على الفرار • والا لو كان كذلك لقم فسخ النكاح بحدوث هذا الداء بالمرأة بعد سنين من دخولها (٢٤) •
- ٢ — ان هذا الخبر معارض لحديث • لا هامة ولا صفر (٢٥) • الذي رواه البخاري •

رد المناقشة الثانية للدليل السابق :

ان الخبر لا هامة ولا صفر • جاء ردا على ما كان يعتقد الملاحدة من أن الادواء تعدى بأنفسها وطباعتها • وليس بشيء • وانما العدوى التي نريدها • أن يقول ان الداء جرت العادة أن يخلق عند ملاقاة

(٢٣) رواه ابن ماجه في سنته • في كتاب الطب باب الجذام ج ٢ ص ١١٧ •

(٢٤) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٠ •

(٢٥) معنى هذا الخبر • ان اهل الجاهلية كانوا يقولون • اذا قتل الانسان ولم يؤخذ بثأره • خرج من رأسه طائر يصرخ ويقول : اسقوني دم قاتلى • وهذا معنى الهامة •

أما الصفر • فان اهل الجاهلية كانوا يقولون في الجوف دابة تسمى الصفر • اذا تحركت جاع الانسان • وهى أعدى من الجرب عند العرب • وقيل هو تأخير حرمة المحرم الى صفر • فابطل النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك • راجع المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٠ •

الجسم الذى فيه الداء (٢٦) •

الدليل الخامس :

ورد عن بعض الصحابة قولهم • أربع لا يجزن فى النكاح الا أن
تسمى • الجنون — والجذام — والبرص — القرن (٢٧) • وفى لفظ
العفل •

وجه الدلالة من الدليل السابق :

يتضح من ذلك الدليل • عدم جواز النكاح ممن به داء من هذه
الادواء لم تسم عند عقد النكاح • ويقاس عليها بقية العيوب التى
تماثلها فى الضرر •

الدليل السادس :

ان مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب أو تختل بها لان بعضها
مما تنفر عنها الطباع السليمة • كالجذام — والجنون — والبرص •
فلا تحصل الواقعة • فلا تقوم المصالح أو تختل •

وبعضها مما يمنع من الوطء • كالرتق والقرق • وعامة مصالح
النكاح يقف حصولها على الوطء • فان العفة عن الزنا والسكن والولد
لا يحصل الا بالوطء • وبهذا يثبت الخيار بهذه العيوب (٢٨) •

مناقشة هذا الدليل :

أولا : ان عدم الوطء فى الجنون والجذام والبرص مظاهر وفى

(٢٦) المجموع شرح المذهب للطبعي • ج ١٥ ص ٢٦٩ •

(٢٧) المصنف • للحافظ الصنعاني ج ٦ ص ٢٤٣ •

(٢٨) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع • للكاساني ج ٣ ص ١٥٣٧ •

عيوب الفرج فانه يمكن التمكن من الوطء بواسطة الشق أو الفتق
بالمعالجة • غاية ما فيه نفرة طبيعية • وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا •
للاتفاق على عدمه في ذات القروح السيالة أو البخر الزائد (٢٩) •

ثانيا إذا كنتم تقولون — والقول لابن حزم — أن مصالح النكاح
لا تستوفي كاملة مع وجود الجنون والجذام البرص وعيوب الفرج •
فكذلك لا تجوز توفية حقوق النكاح مع الفسق والنشز وسوء الخلق •
ومع البكم والصم • ومع ضعف العتل فردوا بها • فاذا قلتم قد يتوب
من الفسق • قلنا وقد يبرأ من الجنون وغيره • وأما طيب النفس على
الجماع • فوالله ان نفس كل أحد لا تطيب على • نبيها في خافي جسدها
لمعة من برص • ومن يمسها صرع في كل شهر مرة • وكل هذه آراء
فاسدة • انما النكاح هو كما أمر الله تعالى • امساك بمعروف أو تسريح
باحسان الا أن يأتي نص صريح فيوقف عنده (٣٠) •

الدليل السابع :

ان عدم القول جواز القول بثبوت الخيار للزوجين يعارض قول
الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام » (٣١) ويؤدي الى التناقض وهذا محال • لان الله تبارك
وتعالى أوجب على الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان •
ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع أنها محرومة الحظ من الزوج ليس
من الامساك بالمعروف في شيء • فتعين عليه التسريح بالاحسان • فان
سرح بنفسه والا ناب القاضي منابه (٣٢) •

(٢٩) فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٤ •

(٣٠) المحلى • لابن حزم ج ١٠ ص ١١٥ •

(٣١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ •

(٣٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٥٢٧ •

الدليل الثامن :

أجمع عامة الفقهاء على أن الجب والعنة يثبتان للزوجة الخيار في طلب فسخ النكاح إذا لم ترض بالمقام مع الزوج بهذين العيين أو بأحدهما • وتقاس بتيه العيوب على هذين العيين (٣٣) •

مناقشة هذا الدليل :

نوقش الدليل السابق من قبل الاحناف حيث قالوا :

ان قياسكم بتيه العيوب على الجب والعنة قياس غير صحيح • لاننا أثبتنا الخيار في الجب والعنة لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد • وهو الوطء ولو مرة واحدة لانه المشروع له النكاح • وهذا الحق لم يفت مع بتيه العيوب • لان الوطء يتحقق من الزوج مع وجودها (٣٤) •

دفع هذه المناقشة :

دفع الجمهور مناقشة الاحناف فقالوا :

ان الوطء جعل من الثمرات اذا كان بالمرأة عيب من العيوب الخمسة ولم يثبت الفسخ • وفي مسألة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح • ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع للنكاح وأن لا يكون باعتبار الموضعين • وذلك تحكم •

الرد على الدفع :

رد الاحناف على دفع الجمهور فقالوا :

(٣٣) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ •

(٣٤) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ ، فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٥ •

هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له الفكاك بالوطة • وليس ذلك بمراد • وإنما المراد به التمكن وهما يخلان به • وهما الجب والعنة بخلاف العيوب الثلاثة (٣٥) •

الرأى الثانى :

عدم جواز رد الزوجة بأى عيب فيها • ولها رد الزوج بالعيوب التناسلية فقط •

وقد ذهب الى هذا الرأى الامام أبو حنيفة وصاحباؤه أبو يوسف ومحمد وقد انفرد الامام محمد بإضافة الجنون والجذام والبرص الى العيوب التناسلية التى يرد بها الزوج •

مما سبق يتضح لنا أن هذا الرأى ذو شقين :

الشق الاول :

محل اتفاق بينهم : وهو عدم جواز رد الزوجة بأى عيب فيها •

الشق الثانى :

وهو محل الخلاف • حيث لا يجوز للزوجة رد زوجها بغير العيوب التناسلية عند أبى حنيفة وأبى يوسف بينما يرى محمد فضلا عن هذه العيوب جواز رد الزوج اذا كان مجنونا أو مجذوما أو أبرصا (٣٦) •

أدلة هذا الرأى :

الاستدلال لهذا الرأى قسمان •

(٣٥) فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٦ •

(٣٦) فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٦٨ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤١٣ ،

بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٢٧ ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٧ •

القسم الاول :

استدلال لحل الاتفاق بينهم •

القسم الثانى :

استدلال لحل النزاع •

اولا : الاستدلال لحل الاتفاق :

استدل الاحناف على عدم جواز رد الزوجة بأى عيب فيها بما
يلى :

الدليل الاول :

ان فوات الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ • فمع وجود
هذه العيوب أولى •

لان الاستيفاء من الثمرات • وفوات الثمرة لا يؤثر فى العقد •

ولان المستحق هو التمكن • وهو مع الجذام والجنون والبرص
ممكن • بدون الاستعانة بأية وسيلة • أما القرن والرتق • فيمكن باجراء
العملية الجراحية (٣٧) •

مناقشة هذا الدليل :

نوقش الدليل السابق بما يلى : —

ان امكانية الوطء بالجنون والجذام والبرص وداء الفرج بالفتق
والشق • هو أمر لا يخلو من المغالطة • حيث أن الجنون لا يؤمن معه

على الحياة • الجذام والبرص فيهما عدوي للزوج والنسل أما شق
الفرج أو فنتقه ففيه تجاوز ومخاطرة فضلا عن أنه لا يخلو من تكلفة
للزوج وعاء وضرر معنوي والاسلام ينهى عن ذلك (٣٨) •

الدليل الثاني :

يقول الاحناف • ان الزوجة اذا ماتت فان حق الاستمتاع الممنوح
للزوج بعقد النكاح يفوت عند موت الزوجة قبل دخولها والمعروف أن
الزواج لا يفسخ بهذا الموت فلا يسقط المهر بالموت وعلى هذا يقاس
اختلال استمتاع الزوج لوجود أى عيب بزوجه على هذا الامر بجامع
عدم سقوط المهر لانه لا يثبت الفسخ (٣٩) •

وذلك لان الحكم الاصلى للنكاح هو الازدواج الحمكى • وملك
الاستمتاع شرع مؤكدا • والمهر يقابل احداث هذا الملك • وبالفسخ
لا يظهر أن الاحداث لم يكن • فلا يرتفع ما يقابله وهو المهر • فلا يجوز
الفسخ • فلا شك أن هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع (٤٠) •

مناقشة الدليل السابق :

نوقش الدليل السابق فقليل :

ان عقد الزواج أصلا مؤقت بحياة الزوجين • فلا يصح أن يقاس
عليه اختلال الاستمتاع هو وجود العيب حيث أن العيب باق مادام
الزوجان على قيد الحياة (٤١) •

(٣٨) مغنى المحتاج للنووى ج ٣ ص ٢٠٣ ، الشرح الكبير للقدس ج ٧
ص ٥٧٨ •

(٣٩) فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ • البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٦ •

(٤٠) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٥٣٧ •

(٤١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٨ •

ثانياً — الاستدلال لمحل النزاع بينهم :

(أ) استدلال الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف •

استدل أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف على أن الزوج لا يرد إلا بالعيوب التناسلية فقط • كالجب والخصاء والعنة بما يلي :

١ — أن الأصل عدم الخيار • لما فيه من إبطال حق الزوج • وإنما يثبت في الجب والعنة • لأنها يخلان بالمقصود المشروع له النكاح • وهو الوطء • لأن شرعية النكاح لأجل الوطء • وما يوجد بالزوج بغير العيوب التناسلية المذكورة غير مخلة به (٤٢) •

مناقشة هذا الدليل : —

نوقش هذا الدليل بما يلي :

١ — أن الجنون يخاف منه الإنسان على نفسه من الخباية التي تحدث ممن به هذا الداء • فهو كالمانع الحسى • أن لم يكن كذلك •

٢ — أن الجذام والبرص يوجدان نفرة تمنع قربان من به واحد منهما • ويخشى منهما العدوى على النفس أو النسل (٤٣) •

سبب اقتصار الشيخين على هذه العيوب : —

يرجع سبب اقتصار الشيخين على هذه العيوب دون غيرها إلى ما يلي :

(٤٢) حاشية سعدى جلى مطبوعة مع فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى ج ٤ ص ٢٠٥ الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ ١٩٧٠ م • مكتبة الخليلي •

(٤٣) كشف القناع عن متن الاقتناع • للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ج ٥ ص ١٠٦ طبعة ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م • دار الفكر للطباعة والنشر •

١ — أن الغاية من الزواج حفظ النسل • فإذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد أصبح تنفيذ الحكم للعقد مستحيلا فلا جدوى من بقاء عقد الفكاح •

٢ — أن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوايا • ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق • فان لم يطلق قام القاضي مقامه بناء على طلب الزوجة ذلك (٤٤) •

(ب) استدلال الامام محمد : —

استدل الامام محمد رحمه الله تعالى • لما ذهب اليه من جواز رد الزوج اذا وجدت به الزوجة — بجانب العيوب التناسلية — جنونا أو جذاما أو برصا • استدل لذلك • فقال •

١ — أن الخيار في العيوب الثلاثة السابقة والعيوب التناسلية • إنما ثبت لدفع الضرر عن المرأة • وهذه في الحاق الضرر بها فوق تلك • لأنها من الادواء المعدية عادة • فلما ثبت الخيار بتلك • فلان يثبت بهذه أولى • بخلاف ما اذا كانت هذه في جانب المرأة • لان الزوج وان كان متضرر بها • لكن يمكن دفع الضرر عن نفسه بالطلاق • والمرأة لا يمكنها ذلك • لأنها لا تملك الطلاق • فيتعين الفسخ طريقتا لدفع الضرر (٤٥) •

(٤٤) الاحوال الشخصية • للامام محمد أبو زهرة ص ٤١٤ • الطبعة الثالثة • دار السعادة •

(٤٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع • للفتية علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاساني ج ٣ ص ١٥٣٧ ، حاشية سعدى جلي مطبوعة مع فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى ج ٤ ص ٣٠٥ الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ ١٩٧٠ م • مكتبة الحلبي بمصر •

الرأى الثالث :

أن الفكاح اذا تم صحيحا لا يفسخ بعيب من العيوب مطلقا .
هذا ما ذهب اليه ابن حزم (٤٦) المظاهرى . وهو قول على بن أبى طالب كرم الله وجهه وابن مسعود رضى الله عنه (٤٧) .
هذا وقد أيد صاحب نيل الاوطار هذا الرأى حيث قال :
ومن أمعن النظر لم يجد فى هذا الباب ما يصلح للاستدلال به
على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء (٤٨) .

حجة رأى ابن حزم :

استدل ابن حزم المظاهرى على ما ذهب اليه من عدم جواز الرد مطلقا بما يلى :

الدليل الاول : ما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها حيث

(٤٦) ابن حزم . هو على بن أحمد بن سعيد بن حزم المظاهرى . ابو محمد . عالم الاندلس فى عصره . واحد أئمة الاسلام . كان فى الاندلس خلق كثير ينتسبون اليه . يقال لهم الحزمية . ولد بقرطبة وكان هو وابوه من اهل الرياسة . فزهّد فيها وانصرف الى العلم والتأليف . فكان من صدور الباحثين يستنبط الاحكام من القرآن الكريم والسنة . توفى فى بادية ليلة بالاندلس كان ينتقد كثيرا من العلماء فتألفوا على بغضه . واجتمعوا على تضليله . وحذروا سلاطينهم منه . فأقصته الملوك وطاردته حتى استقر المقام به — هريا منهم — فى بادية ليلة التى مات بها — وقد روا عن ابنه الفضل أنه وجد عنده بخط أبيه . . ٤٠٠ مجلد تضم ثمانين ألف صفحة . وكان يقال . لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان . له مؤلفات عظيمة . أشهرها . الناسخ والمنسوخ — وطوق الحمامة — والمحلى . راجع الاعلام للزركلى ج ٤ ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ الطبعة الخامسة .

(٤٧) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٠٩ .

(٤٨) نيل الاوطار للشوكاتى ج ٦ ص ٢٩٩ .

قالت : طلق رفاعة القرظي امرأته فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غقالت يا رسول الله انى كنت تحت رفاعة فطلقنى آخر التطلقات الثلاث فتزوجت بعده ابن الزبير وانه والله ما معه الا مثل هذه الهدية . وأخذت بهدية من جلبابها فتبسم النبي الكريم صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال :

لعلك تريدان أن ترجعنى الى رفاعة ؟ لا . حتى تذوقى عسيلته
ويذوق عسيلتك (٤٩) .

وجه الدلالة من الخبر : —

قال ابن حزم رحمه الله تعالى . هذه المرأة تذكر أن زوجها لم يطأها . وأن أخليه كالهديه لا ينشر اليها . وتشكو ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقتها فلم يؤجل لها . ولم يفرق بينهما (٥٠) .

مناقشة الدليل السابق :

نوقش ذلك الدليل بأن زوج المرأة ربما يوكن قد أنكر ما نسبت اليه من عيب . وأن الظاهر يؤيد زوجها في انكاره لهذا الهيب وهو العنة (٥١) .

والحقيقة أن هذه المناقشة غير متبعة . لانها مبتناة على الشك وليس فى الشك أى وجه من وجوه الحجية .

(٤٩) رواه أحمد فى مسنده ج ٣ ص ٤٩٣ .

(٥٠) المحلى . لابن حزم . ج ١٠ ص ٦٣ . طبعة بيروت .

(٥١) البحر الزخار . لابن المرتضى ج ٣ ص ٦٥ .

ومن هنا لزمنا البحث عن مناقشة أخرى أكثر اقناعا وأكثر حجية .
وقد أمكننا — بغير عون الله تعالى — الاهتداء الى المناقشة التالية : —

إن قول الرسول الكريم (ص) « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » حجة قاطعة على أن الرجل يمكنه أن يجامع زوجته مجامعة الاصحاء الاقوياء .

يؤيد ذلك • ما ورد عن ابن الزبير قوله : انى لأعركها عرك الاذيم •

فتذوق العسيلة — التى أشار اليها الرسول الكريم — لا يحصل الا بالاستمتاع والاستمتاع لا يحصل الا بقضاء الشهوة وتحقيق الرغبة بالانزال والا • لردت عليه صلى الله عليه وسلم بنفى تذوق العسيلة • لعدم وجود أسبابها •

الدليل الثانى :

ما روى عن على بن أبى طالب من عدة طرق قوله •

أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو بها قرن • فهى امرأته ان شاء طلق • وان شاء أمسك (٥٢) •

الدليل الثالث :

سأل رجل أبا قلابة عن رجل عرض له جنون أو غيره قال هى امرأته • ابتليت فلتصبر •

الدليل الرابع :

قال ابن هانئ • ان امرأة جاءت الى على بن أبى طالب كرم الله وجهه • فقالت : هل لك فى امرأة ليست بأيم ولا بذات بعل • قال : فعرف على ما تعنى • فتال : من صاحبها ؟ قالوا فلان • وهو سيد قومه • قال فجاء شيخ يجتج • يدب • فقال • أنت صاحب هذه ؟ قال نعم • وقد ترى ما علينا • قال : هل مع ذلك شئ ؟ قال لا • قال ولا بالسحر ؟ قال لا • قال هلكت وأهلكت • قالت • بما تأمرنى أضاحك الله • قال • بتقوى الله والصبر • أما أنا فليست مفرقا بينكما (٥٢) •

هذا الدليل الذى استدل به ابن حزم لم ترد عليه مناقشة من قبل المجيزين للرد بالعيوب رغم عدم صلاحيته للاستدلال به • ولذا فاننا نرد عليه بما يلى •

١ — ان عدم تفريق على كرم الله وجهه بين الرجل وامرأته لم يكن بسبب العنة كما يدعى ابن حزم • ولكن كان لكبر الرجل وشيخوخته ويندو ذلك من صريح عبارة • فجاء شيخ يجتج • أى يميل يميناً ويشاراً • والمعروف أن الرجل اذا أتى امرأته مرة واحدة فقد أوفأها حق النكاح الشرعى وهو الوطء ولو مرة واحدة • والشيخوخة أمر طبيعى لا يسلم منه أحد • ولو جوزنا التفريق بين الزوجين بسببها ما تبقى بيت الا وفرق بين أهله • فضلا عن أنه أمر لا يتعلق بما دعت اليه الشريعة ورغبت فيه من التواد والتراحم بين الأزواج •

٢ — ان تول على كرم الله وجهه أما • أنا • فإنه يفهم منه عدم جواز التفريق من جهته فقط وان جاز أن يفعله غيره •

ثانياً — الاستدلال العقلي لابن حزم :

استدل الامام ابن حزم لرأيه بدليل عقلي فقال :

ان كل نكاح صح بكلمة الله تعالى وسنة رسوله (ص) فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على من سواه • فمن فرق بينهما بغير قرآن ولا سنة ثابتة فقد دخل في صف الذين زهم الله تعالى « فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه » (٥٤) •

تعليق ابن حزم على الاستدلال النقلى للجمهور :

علق ابن حزم على استدلال الجمهور النقلى فتال :

١ — حكم عمر أن يرجع بصداتها على وليها • فقال مالك لا يرجع الصاحبة رضى الله عنهم • فقد خالفوا عمر في خمسة مواضع •

الموضوع الاول :

١ — حكّم عمر أن يرجع بصداتها على وليها • فقال مالك لا يرجع على وليها الا أن يكون أباً أو أخاً • فان كان ابن عم أو مولى لا يرجع عليه بشيء •

٢ — وقال الشافعى • لا يرجع بشيء مهما كان أباً أو أخاً أو غيره •

الموضوع الثانى :

قال مالك ليس لها ان تدخل بها الا ربع دينار ان كان الذى زوجها غير أبيها أو أخيها •

وقال الشافعي • ترد الى صداق مثلها وعمر يمضيه كله لها •

الموضوع الثالث :

انهم لا يردون من داء العين • وعمر قد سوى بينه وبين البرص
بالرواية التي جاءت عنه • أنه رد بالجذام • والجنون • والبرص •
فان كانت تلك حجة فهذه حجة • وان لم تكن حجة فتلك ليست حجة
والا فهو تلاعب بالدين • فان قالوا لم تبلغ تلك الرواية مالك والشافعي •
قلنا فقد بلغتكم فقولوا بها • وأرجعوا عن تلك والا • فاحتجاجكم بعمر
تلاعب بالدين (٥٥) كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون (٥٦) •

الموضوع الرابع :

أنهم يردون النكاح بذلك قبل الدخول • ولم يأت بذلك عن عمر
من الروايات الا رواية مكذوبة •

الموضوع الخامس :

أنه روى عن عمر في المعتوه •

يعبت بامراته أنه يطلقها منه وليه • وهم لا يقولون بهذا • فمن
قدر على مخالفة عمر في خمسة مواضع • أيجوز أن يقلده في موضع
واحد ؟ وهو الرجوع على بعض الاولياء •

وقال ابن حزم :

ان قول مالك ترد الى ربع دينار • وقول الشافعي ترد الى مهر
المثل ولم يقل أحد قبلهما •

(٥٥) المحلى • لابي محمد بن سعيد بن حزم الظاهري ج ١ . ص ١١٣
• طبعة بيروت :

(٥٦) سورة الصف آية ٢٠ •

— ان الرواية التي رويت عن عمر واستند اليها هؤلاء رواية منقطعة •

— ان ما روى عن ابن عباس من طريق لا خير فيه • ثم ان صح لكان لا حجة فيه • لانه لا حجة في قول دون قول النبي صلى الله عليه وسلم •

— انه قد جاء في بعض الروايات عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ما يوافق قولنا • فليس ما روى من خلاف ذلك حجة • انما هو قول كقول (٥٧) •

ثانيا : تعليق ابن حزم على أدلة الجمهور العقلية •

علق ابن حزم على أدلة الجمهور العقلية فقال :

قال بعضهم لا يجوز توفية حقوق النكاح مع الجنون • ولا تطيب النفس على مجامعة برصاء أو مجذومة • ولا يقدر على مجامعة قرناء • وانما تزوجها للجماع • ونحن نقول • ولا يجوز توفية حقوق النكاح مع الفسق والنشر وسوء الخلق • ومع البكم والطرش وضعف العقل فردوا بها • • فان قالوا • قد يتوب من الفسق • قلنا وقد يبرأ من الجنون • فوالله ان نفس كل أحد لا تطيب على من بها في خافي جسدها لمعة من برص ومن يمسها صرع وتلو مرة وإخدة وكلها آراء فاسدة • انما النكاح كما أمر الله تعالى • اما امساك بمعروف أو تسريح بإحسان • الا أن يأتي نص صريح فيوقف عنده (٥٨) •

رأى القانون :

ذكر القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ في المادة التاسعة منه العيوب التي

(٥٧) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١١٤ •

(٥٨) المرجع السابق ص ١١٥ •

تجيز طلب الرد وفيها أباخ للزوجة طلب رد الزوج المغيب بأى عيب
مستحكم فيه دون الزوجة •

وبهذا يكون القانون قد وضع قاعدة للتوسع فى العيوب فضلا عن
تغاضيه عن حق الزوج فى طلب رد الزوجة المعيبة •

الرأى المختار : —

على ضوء ما تقدم من آراء وأدلة ومناقشات نستطيع القول —
دون تعصب لمذهب أو ميل لهوى — وبغد مراعاة عدة اعتبارات هامة
يتعلق بعضها بالزمان وأعرافه وأجياله المتعاقبة المتغيرة — أن ما ذهب
اليه جمهور الفقهاء • من ثبوت حق طلب التفريق لكل من الزوجين اذا
وجد أحدهما بالآخر عيبا من العيوب التى تمنع مقصود النكاح • هو
أرجح الآراء وأقربها الى منطق العقل ومبدأ المساواة • وأبعدها عن
المغالاة فى الإفراط أو التشدد •

فمن العدل أن يكون لكل واحد من الزوجين الحق فى طلب التفريق
بعيب يجده فى الزوج الآخر يحول دون الوصول الى مقاصد النكاح
ودلس عليه فيه عند العتد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة
للحصول على المال • هذا فضلا عما استندنا اليه من مبررات وأسانيد
نذكر أهمها فيما يلى : —

١ — احتجاج الجمهور — على ثبوت حق التفريق لكل من الزوجين
بكل عيب يمنع مقصود النكاح — من السنة النبوية المشرفة. وهى حجة
يؤخذ بها بعد كتاب الله تعالى ويطرح ما عداها من الأدلة •

خاصة اذا علمنا أنه لم يرد فى كتاب الله ولا فى السنة نص فى
الفرقة بالعيب إلا خبر الغفارية • وأم ركانه • ومجذوم وقد ثقيف •
وكلها أخبار استدل بها الجمهور على ما ذهبوا اليه •

٢ — أنه ورد عن بعض كبار الصحابة • كعمر بن الخطاب • من الآثار ما يؤيد ويناصر رأى الجمهور •

٣ — أنه قد ثبت اجماع المسلمين بشأن جواز رد الزوج اذا كان مجبوراً أو غنياً • وقياساً عليهما يجوز لارد بكل عيب يتشابه معهما في ضرره •

٤ — لا يمكن الاخذ بما ذهب اليه ابن حزم من المغالاة في التشدد بمنع الرد مطلقاً لاي من الزوجين • لان في قبول هذا الرأى جلب لمفسدة كبرى باستحالة بقاء الحياة الزوجية على نقاء وطهارة دون زيغ وانحراف وخاصة فيما يتعلق بالمرأة اذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الوطء • ولم تحصل منه على حظها ومتعتها (٥٩) •

(٧٠) ويسعنا في هذا المقام أن نسجل صورة من الواقع الذى يؤيد ما اخترناه من هذه الآراء وللأمانة فى النقل • نرى وضعها كما وردت باحدى الصحف اليومية •

فقد ورد فى صفحة الحوادث بجريدة أخبار اليوم تحت عنوان : أرجوك اقبض على : توقف رئيس مباحث الآداب امام الشقة المفروشة مذهبولا • كانت امرأة شابة فى الثلاثين • قد فتحت الباب واندفعت الى الخارج لتضطدم به • انتهى الامر الى مكتب رئيس مباحث الآداب • وهناك روت الزوجة قصتها • قالت : أنا شابة وانسانة عادية زوجة وأم مثل الملايين غيرى يمكن أن تنطبق على كلمة ربة بيت • تزوجت بالطريقة التقليدية : ولم يكن عمرى يزيد عن ١٦ فرحت بالزواج والانتقال الى بيت جديد مثل كل فتاة • أصيب زوجى الموظف البسيط • أنجبت منه ولداً كان قرّة عينى • لكن الزمن استكثر على أسرّتى الصغيرة راحة البال • فجأة أصيب زوجى بمرض السكر • ورغم العلاج والادوية المستمرة الا أن المرض قضى على رجولة زوجى • وكتب على الا يقترب منى جنسيا • قالت : ورغم أننى كنت فى عز شبابى الا أنى لم أشك من ذلك • كان زوجى المسكين قد قدم لى شهادات الاطباء التى تؤكد أنه لم يعد يصلح للحياة الزوجية • وقال لى باخلاص : يمكنك بهذه الشهادات أن تحصلى على حريتك • أنا لا أمانع ولا أريد أن

واننا على يقين من أن الامام ابن حزم لو طلع علينا اليوم ورأى
ما رأى من صور الخيانة والرزيلة حتى فيما بين الأزواج الأصحاء .
لعدل عن رأيه هذا وقال بما أخذناه في هذا الشأن .

تدفعى حريتك مع رجل بلا نفع . لكنى قابلت موقفه هذا بالتمسك به
والاخلاص له حتى آخر العمر . دخل الشيطان بيتنا جاء في صورة صديق
قديم لزوجى يعمل ويعيش في القاهرة أتى لمحافظة فى زيارة عمل ثم جاء
لزيارة زوجى . ومن الدقيقة الاولى لم اشعر بالارتياح اليه . كانت نظراته
الوقحة تخترق أعصابى . وشخصيته القوية ومرحه تهدد سكينتى ولا أعرف
كيف استطاع أن يخمن سر العلاقة بيننا . وذات يوم عاد قبل موعد عودة
زوجى من عمله فوجئت به يمسك يدى . قال لى : لماذا تضيعين شبابك مع
رجل انتهى ؟ لم تعيشى الا عمرا واحدا . اتركى هذا السجن . وتعالى
معى الى القاهرة سأجبره على طلاقك وتعيشى معى أجمل أيام العمر . وقبل
أن يغادرنا ترك فى يدى ورقة بها عنوان شقته فى حي العجوزة . وظللت
زوجى أتى مسافرة الى القاهرة لزيارة بعض اقربى فوافق . وكانت هذه
أياما أعانى وأخيرا انهزمت . وقررت السفر اليه وترك زوجى . أخبرت
أول مرة أنزل فيها الى القاهرة العاصمة بصعوبة وجدت نفسى داخل العمارة
لكنى — وكانت ارادة الله — غلظت فى الشقة . أخذت أدق الباب بعنف
كأنى داخلة الى جهنم . لكن الشغالة المحترفة التى كانت داخل الشقة التى
دخلتها خطأ أخذت تتفحص جسدى . وقالت لماذا لا تنتظرى قليلا ؟ قد
يأتى زبون أو اثنان . لحظتها أدركت الهوة التى سقطت فيها بارادتى
وشعرت بجريمتى الشنيعة . وخرجت مندفعة من الباب لافجا بكم وسيان
عندى القبض على أو الفضيحة . لا يهم . فأشار اليها ضابط المباحث بالعودة
الى زوجها وولدها . وعفا الله عما سلف . لكنها خرجت لتضع نهايتها بيدها
غالقت بنفسها فوق قضبان القطار القادم من الصعيد ليدهمها ويطوى بذلك
صفحة من صفحات الحياة المريرة البائسة : —

راجع جريدة أخبار اليوم الصادرة يوم السبت ١٩٨٦/١١/٢٩ .
ص ١٤ حوادث وقضايا . بداية العمود الاول والعمود الثانى . تحت
عنوان : أرجوك اقبض على :

لا تعليق .

لان فيه حفاظا على المرأة وصونا لكرامة الرجل • وسياجا يحمى المجتمع من التحلل والانفراط • ويقيه من كثير من العلل والآفات التي يمكن أن يسببها عجز الزوج عن الوفاء بحق الزوجة • اذ المعروف أن حاجة المرأة الاساسية هي اشباع رغبتها الجنسية دون النظر الى أى اعتبارات أخرى •

٥ — ان الاخذ بقول ابن القيم يفتح باب الذرائع ويتعارض مع مقاصد الشريعة الاسلامية •

٦ — كذلك الاخذ برأى الاحناف يوقع بالزوج الظلم دون الزوجة ويلحق به الضرر • ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام •
لعل ما سبق يبرر هذا الاختيار • والله أعلى وأعلم •

المطلب الثالث :

شروط التفريق بالعيب عند القائلين بجوازه •

لكي يثبت حق الرد لطالبه لابد من توفر عدة شروط عند طلب الرد • وهذه الشروط تختلف عند الفقهاء حسب مذهب كل منهم في هذه المسألة • وفيما يلي نعرض أهم تلك الشروط •

الشرط الاول :

ألا يكون أحد الزوجين — أو الزوجة — يعلم بوجود العيب في الآخر وقت النكاح أو يرضى به بعد العلم بالعيب اتفاقا •

وقد استثنى الفتفاء من هذا الشرط ما اذا كان الزوج عنيئا • لم تبادر الزوجة بطلب التفريق بينهما • لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول • لا بالرضا بالمقام معه على ذلك العيب • فلا يبطل حقها بالشك • ما لم يصارحها الزوج قبل العقد بأنه لا يجمع مع مثله •

غنى هذه الحالة يسقط حقها في التفريق بينها وبينه • ويرى المالكية:
أن المدار على سقوط الخيار هو الرضا بالعيب أما العلم به والتلذذ
دلائل عليه (١٠) •

والرضا المسقط للخيار نوعان :

١ - النوع الأول • الرضا الصريح • وذلك مثل أن يتول السليم
المعيب رضيت •

٢ - النوع الثاني • الرضا بالالتزام • وذلك مثل تمكين السليم
من نفسه (١١) •

فان رضى أحدهما — أو الزوجة — بعيب فظهر غيره جاز الرد
به • لانه وجد به عيبا لم يررضه (١٢) •

الشرط الثاني :

ألا يكون بأحدهما عيب يمنع الوطء • مثل أن تكون المرأة رتقاء
أو قرناء • فاذا كانت كذلك فانه يبطل حقها في طلب الرد بعيب الزوج
كما يرى الاحناف • لان المنع من جهتها • والزوج ليس ظالما لها (١٣) •

(١٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٣ ص ١٥٣٢ ،
حاشية الرهوني ج ٣ ص ٢٧٣ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣ ، المغنى •
لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٣ • المدونة الصغرى للخراساني ج ١ ص ١٩٢ ،
المختصر النافع للحلى ص ١٨٦ وما يليها • التاج الذهبى ج ٢ ص ٦٤ —
٦٥ •

(١١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٧ •

(١٢) المبدع في شرح المقتنع ج ٧ ص ١٠٩ •

(١٣) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٤ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣
ص ٥١ •

الشرط الثالث :

الصلح لا يصلح الزوج اليها أصلاً ورأساً في هذا النكاح حتى لو وصل اليها مرة واحدة فلا خيار لها في هذا النكاح .

لأنه وصل اليها بالوطء مرة واحدة . لأن الخيار لتقويت الحق المستحق . وبالوطء مرة واحدة لم يفت منها حق . وإذا وصل الى غيرها لم يبطل حقها في التأجيل والاختيار . لأنه لم يصل اليها حقها فكان لها التأجيل والخيار (١٤) .

الشرط الرابع :

اشترط الاحناف والاباضية انتظار الصبي حتى يبلغ ويدرك ولا يؤجل له . إذا كان مثله لا يجمع . وكانت الزوجة كبيرة فاذا أدرك يؤجل سنة .

ويرى الاحناف . أن السبب في عدم التأجيل للصغير يرجع الى عدة أمور منها .

١ - أنه إذا كان لا يجمع . فإن التأجيل حينئذ يكون عديم الفائدة .

٢ - أن حكم التأجيل إذا لم يصل اليها في المدة هو ثبوت خيار الرفقة . وفرقة العنين طلاق . والصبي لا يملك الطلاق .

٣ - أن للصبي زماناً يوجد منه فيه الوطء ظاهراً . وغالباً هو ما بعد البلوغ فلا يؤجل للحال (١٥) .

(١٤) بدائع الصنائع . للكاساني ج ٣ ص ١٥٣٢ .

(١٥) بدائع الصنائع ج ٣ ص ٥٣٢ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٩ .

وكذلك إذا كانت الزوجة صغيرة • فانه لا يفرق بينهما وينتظر حتى تبلغ • وذلك لاحتمال رضاها بالعيب بعد البلوغ (٦٦) •

الشرط الخامس :

أن تبادر المرأة برفع الدعوى الى القضاء بمجرد علمها بالعيب إذا كانت حرة •

أما إذا كانت أمة • فقد اشترط الامام أبو حنيفة أن يكون الطلب لسيدها • بينما ذهب أبو يوسف ومحمد الى أن الطلب يكون للامة مثلها مثل الحرة •

والحقيقة • أن هذا الخلاف أصبح الآن غير مجدى نظرا لتغير الحال وعدم التفرقة بين الحر قوالامة في كل أمر يتعلق بالقضاء • أو بغيره •

هذا وقد ذهب فريق من الشافعية الى وجوب نوافر هذا الشرط • وهو وجود القاضى • فى حالة ما اذا كان الزوج عينا بغير تعميم فى بقية العيب الاخرى • وذلك لان العنة من الامور التى تحتاج الى نظر واجتهاد القاضى • فضلا عن كثرة الخلاف حول هذا العيب (٦٧) •

ولم يؤيد الحنابلة الاخذ بهذا القول • حيث أوجبوا حضور القاضى وحصر هذا الامر عليه فقط دون غيره • لان هذه الامور مما يحتاج الى الاجتهاد والنظر من قبل المتقاضى • وغيره لا يمكن القيام

(٦٦) فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٠ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣١٥ • طبعة ثالثة •

(٦٧) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٢٤ الطبعة الاخرى ، المختصر النافع • للحلى ص ١٨٦ وما بعدها •

بهذه المهمة (٦٨) • بل الصحيح يقال • إن القاضي يعتمد الآن في حكمه على تقارير أهل الاجتهاد والخبرة •

وقد اشترط الفقهاء فورية الرفع الى القاضي عن طريق الدعوى ، بمجرد علم أحدهما بالعيب • أو الاطلاع عليه • ومتى تأخر أحدهما في هذا الأمر لغير عذر شرعى • بطل حقه • وإلى مثل هذا • ذهب الامامية (٦٩) • وذلك لان التأخير قد يفهم على أنه رضا بالعيب • ولأنه خيار عيب • فيكون على العذر • كما في البيع •

ولكن اذا ادعى السليم أنه كان يجهل القورية • فهل يقبل قوله ؟ في ذلك رأيان •••

الاول : أن مدعى الجهل بالقورية يصدق مع يمينه • اذا كان قريب عهد بالاسلام • أو نشأ بعيدا عن العلماء • والا فلا •

وقد ورد هذا القول • بأن كون الخيار مما استشكل على العلماء فعلى غيرهم أولى •

الثانى : أنه لا يصدق • لان الغالب • أن من علم بأصل ثبوت الخيار علم أنه على الفور • والراجح الاول حيث أن معرفة هذا الأمر • يصعب معرفته على المتخصص فيه فكيف بالآخر • وخاصة اذا كان عاميا •

الشرط السادس :

اشترط المالكية : لثبوت الرد لاي من الزوجين أن يكون العيب

(٦٨) المبدع في شرح المقنع • لابی اسماعيل برهان الدين • ابراهيم بن محمد بن مفلح ج ٧ ص ١١٠ — المكتبة الإسلامية •

(٦٩) المختصر النافع • لجعفر بن الحسن الطي ص ١٨٦ وما بعدها •

المراد الرد بسببه • قديما • فالطاريء عندهم لا يوجب خيارا • إلا ما استثنى من بعض العيوب الخاصة (٧٠) •

الشرط السابع :

اشترط الشافعية : اقامة البينة على العيب من قبل المدعى أمام القاضي • إذا كان العيب مما يمكن اثباته بالبينة • كالجذام — والجنون والبرص • أو كان مما يثبت بالاقرار عند القاضي • أو عند شاهدين • مثل العنة • إذ لا يتصور ثبوتها بالبينة • فإن لم يتر حلف • فإن نكل ردت اليمين عليها فتحلف • انه عني • لجواز اطلاعها بالقرائن (٧١) •

الشرط الثامن :

اشترط الحنابلة : لثبوت حق الرد • عدم زوال العيب قبل الفسخ • لانه بزوال العيب • زال سبب الرد وارتفع الضرر (٧٢) •

الشرط التاسع :

اشترط الزيدية : لثبوت حق الرد بالعيب عدم الكفاءة بين الزوجين

(٧٠) العيوب المستثناة • هي العنة • أو الاعتراض • أو ما شابه ذلك فإذا أطلعت زوجة العنين أو المعارض على مثل هذا بزوجهما حال العقد أو بعده • ورجت البريء فلم يحصل • فلها القيام متى شاعت • انظر • الخرش على مختصر خليل • ج ٣ ص ٢٣٥ • دار الفكر بيروت ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج ٣ ص ٢٧٢ ، جواهر الاكليل • للشيخ صالح الازهرى • ج ١ ص ٢٤٦ ، شرح منح الجليل • للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٧٩ مكتبة النجاح بليبيا •

(٧١) مغنى المحتاج • للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٣ • طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م دار احياء التراث العربى •

(٧٢) المبدع فى شرح المقنع • لابی اسحاق ابن مفلح ج ٧ ص ١١٠ • المكتبة الإسلامية •

سواء كان ذلك في الدين • أو النسب • بشرط أن لا يكون طلب الفسخ من الأدنى • وان لا يكون أحدهما مملوكا للاخر (٧٣) •

شروط التفريق في القانون :

اشتراط المشرع لحصول التفريق بين الزوجين بالعيب في القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الشروط التالية :

الشرط الاول : عدم علم الزوجة بالعيب قبل العقد ولا ترضى به بعده • فان علمت الزوجة بالعيب قبل العقد • ومع ذلك تزوجته أو علمت به بعد العقد وقد رضيت بالمقام معه لم يكن لها حق طلب الرد بالعيب • الا أن يكون مقامها معه لترجى الوصول الى الشفاء لا للرضا بذات العيب •

الشرط الثانى : أن تطلب الزوجة التفريق بالعيب • لانه حقها ويحكم به القاضى • لان فعله يضاف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه • لانه يجب على الزوج التسريح باحسان حين عجز عن الامساك بمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضى منابه واذا كانت الزوجة مجنونة جاز لوليها طلب التفريق بالعيب ولا تؤخر حتى تفيق • لان لفاتها ليس لها أجل معروف •

الشرط الثالث : ألا تكون الزوجة معيبة بعيب يمنع الوطء • كأن تكون رتقاء أو قرناء • فاذا كانت كذلك فلا حق لها في التفريق • لان المانع تحقق من جهتها •

(٧٣) التاج الذهب لاحكام الذهب • شرح متن الازهار في فقه الاثمة الاطهار • للقاضى أحمد بن قاسم العيسى اليماني الصنعاني • الطبعة الاولى ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م مطبعة دار الكتب العربية • عيسى البلبى الحلبي •

الشرط الرابع : أن يؤجل القاضى كل من العنين والخصى سنة كاملة لاختبارهما ولا عبرة بتأجيل غير القاضى • كأن يكون التأجيل من الزوجة للزوج أو من غيرها •

الشرط الخامس : أن تجد الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل الا أن الزوجة تقتصر بالمقام معه مع قيام هذا العيب به •

المطلب الرابع :

فى بيان زمن خيار العيب •

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة • خاصة عند توفر شروط التفريق حول الوقت الذى يجب على طالب الرد أن يرفع الأمر فيه الى التامضى • الى فريقين :

الفريق الاول :

يرى أن خيار الفسخ بالعيب يكون على التراخى ولا يسقط الا اذا وجد منه ما يدل على الرضا بالعيب • سواء كان هذا الرضا صراحة أو ضمنا •

وهذا ما يراه الاحناف والحنابلة • غير أن بعضهم خالف اجماع مذهبه • وقال بوجوب فورىة الرفع الى القاضى بمجرد العلم بالعيب • وعلى ذلك فقال :

هذا الخيار خيار رد بالعيب • فكان على الفور كالذى فى البيع (٧٤) •

(٧٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٩ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٥٢ ،
كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٥ ص ١١ •

حجة هذا الفريق :

احتج الاحناف والحنابلة بما يلي : -

- ١ - أن هذا الخيار جعل لدفع ضرر متحقق فكان على انترأخي كخيار القصاص • وخيار العيب في البيع يمنعه •
- ٢ - ان الضرر في البيع غير متحقق • لانه قد يكون المتصور ماليته أو خدمته • ويحصل ذلك مع وجود العيب • وهنا المقصود الاستمتاع • ويفوت ذلك بعيبه (٧٥) •

الفريق الثاني :

يرى أن خيار الفسخ بالعيب اذا ثبت يكون على الفور • وتجب المطالبة بالفسخ في الحال • باستثناء عيب العنة • فان حق الفسخ به لا يسقط بتأخير المطالبة • وذلك لان العنة قد تحدث في حق امرأة دون أخرى وقد تحدث في زواج دون زواج آخر • هذا ما ذهب اليه الشافعية والامامية (٧٦) •

حجة هذا الفريق :

احتج هذا الفريق لما ذهبوا اليه فقالوا :

ان خيار الفسخ بالعيب خيار غيب فيكون على الفور كما في البيع فيجب على مدعى العيب أن يبادر برفع الأمر الى المحكمة المختصة والا سقط حقه (٧٧) •

(٧٥) المغنى • لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٣ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٩ •

(٧٦) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٤ • المختصر النافع للحلى ص ١٨٦ •

(٧٧) المرجع السابقين •

ونحن بدورنا نميل الى هذا القول • لان عدم المبادرة بالرفع فيه مظنة الرضا بالعيب •

المبحث الثاني

نوع الفرقة الحاصلة عن الرد بالعيب

اختلف العلماء في نوع الفرقة الحاصلة عن الرد بالعيب • هل هي فسخ لعقد النكاح أم طلاق ؟

هذا ما نجيب عنه من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الاول :

هل الفرقة فسخ (٧٨) أم طلاق ؟

(٧٨) الفسخ في اللغة قد يستعمل بمعنى الازالة أو الإلغاء • وقيل الفسخ معناه الرفع • تقول فسخت العقد أى رفعتيه • وتقول تفاسخ تقوم العقد أى توافقوا على فسخه — المصباح المفير • مادة فسخ ص ٣٧٦ •

اما الفسخ في الاصطلاح الفقهي فهو كثير الشيوخ في الفقه الاسلامي • ومع ذلك فهو لا يعرف نظام الفسخ على نحو ما يقال في القانون المعاصر باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد المتعاقدين على اخلال المتعقد الآخر بالتزاماته باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد المتعاقدين على اخلال المتعقد الآخر بالتزاماته • اما الفسخ كنتيجة لاعمال شرط يتضمن العقد عند الاخلال بالالتزام فهو معروف في الفقه الاسلامي فلا يوجد في الفقه الاسلامي سمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان على فسخ العقد اذا اخل أحدهما بما يفرضه العقد من التزامات • يراجع نظرية العقد والارادة المنفردة للبكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦١١ •

عندما تعرض الفقهاء لهذه المسألة انقسموا الى فريقين •
الفريق الاول : ويمثله الاحناف والمالكية • وهؤلاء يرون أن الفرقة
الحاصلة عن الرد بالعيب طلاق بائنة •

حجة هذا الفريق :

احتج الاحناف والمالكية لرأيهم فقالوا :

(أ) ان هذه الفرقة نتجت عن عدم حصول الوطء في هذا النكاح
فتكون طلاقا •

تعريف الفسخ في الفقه الاسلامي : —

عرف الكاساني الفسخ فقال : هو رفع العقد من الاصل وجعله كأن
لم يكن • انظر بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ١٥٥٦ • وعرفه بعض
الفقهاء المعاصرين فقال : هو نقص الحكم الناشئ عن العقد القابل لذلك •
انظر كتاب فسخ العقد في الشريعة الاسلامية للدكتور علي مرعي ص ٣٢ •

معنى الطلاق :

الطلاق في اللغة : هو بمعنى حل المعتقد أو المعتقد • وهكذا
استعمل : تقول اطلقت الاسير • أي حلت اساره • واطلقت الناقة من
عقالها • ويقال طلقت الناقة طلوفا أي انحل عقالها • انظر المصباح المنير
في غريب الشرح الكبير للرافعي ص ٤٧٢ •

الطلاق في الاصطلاح الفقهي :

عرف الامام شرف الدين النووي الطلاق فقال : هو تصرف مملوك
للزواج بحدته فيقطع به النكاح • انظر مغني المحتاج للامام النووي ج ٣
ص ٢٧٩ • وقيل في تعريف حديث له • هو رفع قيد الزواج الصحيح في
الحال أو في المال بلفظ يفيد ذلك أو بما يقوم مقامه من كناية أو إشارة •
انظر الاحكام الاساسية للأسرة الاسلامية • للدكتور زكريا البري ص ١٤٥
دراسة مقارنة •

وعلة كونها طالئة بائنة :

ان التفريق من جهة الزوج فوجب عليه التسريح بالاحسان حين
عجز عن الامساك بالمعروف • فاذا امتنع كان ظلماً • فناب القاضى منابه
فيضاف فعله اليه (٧٩) •

(ب) أن الفكاح التام لا يقبل الفسخ •

(ج) أن المقصود هو دفع الظلم عنها وهو لا يحصل الا اذا جعلت
الطالئة بائنة • لانها لو لم تكن كذلك تعود معلقة بالمراجعة (٨٠) •

الفريق الثانى : —

يرى هذا الفريق من العلماء أن الفرقة الحاصلة عن الرد بالعيب
هى فسخ وليس بطلاق •

هذا ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية • وحجتهم
فى ذلك :

أن هذا خيار يثبت لاجل العيب فكان فسخا كفسخ المشتري لاجل
العيب (٨١) •

(٧٩) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٤٨٨ ، حاشية ابن عابدين
ج ٣ ص ٤٩٥ ، فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٠ •

(٨٠) فتح القدير للفتية كمال الدين بن عبيد الواحد السيواس
السكندري الحنفى ج ٤ ص ٢٩٩ — ٣٠٠ • طبعة مكتبة الحلبي بمصر •

(٨١) المغنى لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٦٠٥ طبعة دار الكتاب
العربى ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م ، كشف القناع عن متن الاقتناع • للشيخ
منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ج ٥ ص ١١٢ طبعة دار الفكر ،
شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن ادريس البهوتى ج ٣ ص ٥٢
طبعة دار الفكر ، المختصر النافع لجعفر بن الحسن الحلبي ص ١٨٧ •

نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق بالعيب في القانون :

نص قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ في المادة العاشرة منه على ما يأتي :

« الفرقة بالعيب طلاق بائن » من هذا النص يتضح أن المشرع اتجه الى الأخذ برأى الاحناف والمالكية في هذا الشأن حيث يرون أن الفرقة بالعيب طلاق وليس فسخا . وحسنا فعل .

المطلب الثاني :

الفرق بين الفسخ والطلاق :

يتفق الفسخ والطلاق في أن كلا منهما يؤدي الى انتهاء الحياة الزوجية بحل الرابطة بين الزوجين . وهذا الامر لا خلاف فيه . ومنع الاتفاق في المعنى الذي يجمع بينهما . الا أن هناك فروقا تميز كلا منهما عن الآخر . نورد أهمها فيما يلي :

الفرق الاول :

الفرقة في الطلاق يوقعها الزوج . أو من ينوب عنه في انتهاء عقد الزواج . أما في الفسخ فهي نقض للعقد بسبب خلل في انشائه أو طارئ يمنع بقاءه (٨٢) .

الفرق الثاني :

أن الفرقة بين الزوجين بالطلاق تحسب من عدد الطلقات التي

(٨٢) الاحكام الانسانية للأسرة الإسلامية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . للدكتور زكريا البري ص ١٤٥ . منشأة المعارف بالاسكندرية .

يملكها الزوج وهي ثلاث طلاقات • أما الفرقة بالفسخ فهي إزالة لعقد الزواج وبالتالي لا يوجد للزوج ما يوقع عليه ما يملك من طلاقات (٨٣) •

الفرق الثالث :

تحصل الزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول على نصف المهر أما في حالة الفسخ قبل الدخول فيسقط جميع المهر ولا شيء على الزوج منه (٨٤) •

الفرق الرابع :

إذا تم التفريق بين الزوجين بالعيب بعد الدخول فيجب للمرأة ما سمي لها من مهر في عقد النكاح عند فقهاء المذهب الحنفي •

لأنها فرقة في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب إلتئيم كغير المعيبة •

وقال الامام الشافعي رحمه الله • لها مهر المثل • هذا فيما إذا كانت الفرقة طلاقا • أما إذا كانت فسخا فإنه يستط المهر المسمى ويجب على الزوج مهر المثل (٨٥) •

(٨٣) كتاب سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالادور الثي تمنع الاستمتاع لاستاذنا الدكتور رافت عثمان • طبعة ١٤٠١ — ١٩٨١ ص ٧٥ ، ٧٦ •

(٨٤) المغنى لموفق الدين ابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٥ طبعة دار الكتاب العربي ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م ، مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٤ طبعة دار احياء التراث العربي •

(٨٥) المغنى لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٥ طبعة دار الكتاب العربي ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م ، مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٤ طبعة دار احياء التراث العربي ، ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م •

الفرق الخامس :

أنه في حالة الطلاق تثبت النفقة للزوجة سواء كانت حاملا أو حائلا .

أما في حالة الفسخ فلا نفقة لها (٨٦) .

الفرق السادس :

ان حدوث الطلاق غالبا لا يتوقف على سبب . أما الفسخ فلا بد لحدوثه من سبب في العقد نفسه أو المعقود عليه .

الفرق السابع :

ان الطلاق يقبل التعليق والتتجيز أما الفسخ فلا يجوز فيه التعليل .

الفرق الثامن :

الطلاق أقسام . أما رجعى أو بائن والطلاق الرجعى وهو الاصل في الطلاق . هو الذى يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة . والبائن هو الذى لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلاته في العدة .

أما الفسخ فهو نوع واحد . لا يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته (٨٧) .

(٨٦) فتح القدير للفقينه كمال الدين بن عبد الواحد السيواسى
السكندرى ج ٢ ص ٢٦٥ طبعة مكتبة الحلبي بمصر . الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ
١٩٧٠ م .

(٨٧) الاحكام الاساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون :
للدكتور زكريا البرديسى ص ١٤٦ .

الفرق التاسع :

الطلاق لا يملكه شرعا غير الزوج • وله أن ينيب غيره فيه • أما
الفسخ • فهو حق لكل من الزوجين • وليس وقفا على أحدهما دون
الآخر كالطلاق (٨٨) •

الفرق العاشر :

في الطلاق الرجعي يحق للزوجة أن تراث زوجها المتوفى أثناء
العدة •

أما في الفسخ فلا يراث أحدهما •

المبحث الثالث

حق الزوج في طلب التفريق بالعيب

الزوج أحد طرفي عقد النكاح له حقوق منحت له بمقتضى هذا
العقد • وعليه واجبات يلتزم بها في مواجهته •

ومن هذه الحقوق حق الرد بالعيب مع إحاطته بقيود جعلته ينحصر
في حالات معينة حسب نوع العيب المراد الرد به •

وفي المطالب التالية نتعرض لكل ما يتعلق بهذه المسألة •

المطلب الاول :

الحالات التي يحق للزوج فيها طلب التفريق •

(٨٨) كتاب سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالامور التي تمنع
الاستمتاع • ص ٧٨ •

رد الزوجة بالعيب قيد بحالات معينة نذكر أهمها فيما يلي •

الحالة الأولى :

إذا دلس على أزواج بعيب في المرأة وكان من الخفاء بحيث لا يمكن الإطلاع عليه •

ويعتبر التدليس من أقبح الأمور التي تنافي الدين • وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن هذا حيث قال : من غشنا فليس منا (١٩) •

وفي هذا المعنى قال ابن سيرين • خابم رجل قوماً إلى شريح (٢٠) فقال ان هؤلاء قالوا : انا نزوجك أحسن الناس فجأؤني بامرأة ذات شق مائل • ولعاب سائل • وعقل زائل • فقال شريح ان كان دلس عليك أو لك لم يجز (٢١) •

الحالة الثانية :

إذا كان العيب الموجود بالمرأة من العيوب التي تمنع مقصود النكاح حساً أو طبعاً • كالرتق والقرن والجنون والجذام والبرص • فتلك عيوب لا يرضى به أحد عادة • والمقصود من الفكاح الوطء • بخلاف القصر والطول ونحوه والطباع السليمة تنفر عن نكاح هؤلاء • هذا فضلاً عن انتقال العدوى إلى الزوج وربما تعدته إلى نسله • والطبع مؤيد بالشرع قال (ص) فر من المجذوم فزارك من الأسد (٢٢) • وقال

(١٩) صحيح مسلم ج ١ ص ٢٩٩ • باب من غشنا فليس منا •

(٢٠) قاض من أكبر قضاة الإسلام •

(٢١) الفروع ج ٥ ص ٢٣٦ •

(٢٢) حاشية شافعي حنبلي مطبوعة مع فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ طبعة أولى •

(ص) : لا تديمو النظر الى المجذومين فمن كلمه منكم فليكن بينه وبينه قدر رمح (٩٣) •

الحالة الثالثة :

اذا شرط الزوج سلامة الزوجة من عيوب معينة فوجدناها خلاف ما شرط •

اذا شرط الزوج أن تكون الزوجة سليمة من عيوب خاصة سواء كان ذلك في عقد النكاح أو في غيره • ثم اطلع الزوج على عيب بها من نفس العيوب التي شرط سلامتها منها • وذلك مثل الخرس والطرش وقطع اليد والرجل • وغير ذلك من العيوب التي تؤثر في شكل المرأة وقوامها •

فاذا وجد الزوج بزوجه شيئاً من هذه العيوب فإنه يحق له رد هذه الزوجة •

وذلك لان هذه العيوب لا تحقق كمال المقصود من النكاح وهو اذة الموطء • وان حققت أصله (٩٤) •

ولانه شرط السلامة من العيب • والمؤمنون عند شروطهم فاذا تخلف الشرط جاز له الرد بناء على ما اشترط •

(٩٣) سنن ابن ماجه في كتاب الطب ج ٢ ص ١١٧٢ •

(٩٤) كشف القناع عن متن الاقتناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ج ٥ ص ١١٠ — ١١٢ طبعة دار الفكر ، الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير مطبوع مع حاشية التسوقي ج ٢ ص ٢٤٩ • طبعة دار احياء الكتب العربية •

المطلب الثاني :

الحالات التي لا يجوز للزوج فيها طلب التفريق :
بجانب وجود ما يبرر حق الزوج في طلب الرد فإن هناك ما يمنع
من استعماله لهذا الحق .

الحالة الاولى : —

إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد ثم رضى به بعده . ففي هذه
الحالة ليس له حق في طلب الرد بالعيب . وذلك لأن عقده مع العيب
دليل على رضاه . وكذلك فإن رضاه بعد الاطلاع على العيب موافقة
به . سواء كان هذا الرضا صريحا أو ضمنيا . فالدخول مع العلم
بالعيب والرضا به كمشتري المعيب . ولكن إذا اطلع الزوج على عيب
غيره بعد ذلك ثبت له الحق في طلب التفريق به . لأنه لم يرض به .

أما إذا زاد العيب الذي رضى به . فإنه ينظر .

فإن كان قد حدث في موضع غير الموضع الذي رضى بوجوده منه
من بدن المرأة كان له الحق في طلب الفسخ . ولكن إذا بقي العيب في
نفس المكان الذي رآه الزوج فيه أولا ولكن زادت رقعته لم يثبت الحق
في التفريق . لأن رضاه به رضا بما يتولد عنه .

وفي هذا كله يقع عبء اثبات العيب على الزوج (١٥) .

(١٥) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٢ ، المدونة الكبرى ج ٢
ص ٢١٤ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٣ ، الام . للشافعي ج ٣ ص ١٤ ،
شرح كتاب النيل وشفاء العليل . لمحمد اطنيش ج ٦ ص ٣٩٢ .

الحالة الثانية :

إذا كان بالزوج عيب من العيوب التناسلية التي تمنع أصل الوطء • كالجب والخصاء والعنة •

وذلك لان الزوج مع هذه العيوب يتمتع عليه الاستمتاع بعيب نفسه • وهذا الحكم ينطبق على الصغير والمريض فلا يمكنهم المطالبة بالتفريق •

وإذا بقى في المنيوب قدر الحشفة وأمكنه ايلاجها • فإنه يخرج بذلك عن كونه معيباً • ويبطل حق الزوجة في طلب الرد • وهذا هو الأصح عند الحنابلة (٩٦) •

الحالة الثالثة :

زوال العيب قبل الفسخ وبعد طلب الزوج •

إذا زال العيب قبل الفسخ سقط حق الزوج في طلب الرد بالعيب وذلك لانه بزوال العيب زال سبب التفريق (٩٧) •

الحالة الرابعة :

إذا حدث العيب بعد العقد بالمرأة : أى أنه إذا تم العقد على المرأة وهي سليمة ثم طرأ عليها العيب بعده فلا يحق للزوج ردها وهذا ما ذهب اليه المالكية والاباضية (٩٨) •

(٩٦) تصحيح الفروع ج ٥ ص ٢٢٨ •

(٩٧) معنى المحتاج • ج ٣ ص ٢٠٣ ، كشف القناع عن متن الاقتناع

ج ٥ ص ١١٢ •

(٩٨) شرح منح الجليل • ج ٢ ص ٨٢ ، حاشية الدسوقي ج ٢

ص ٢٥٣ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٩١ •

وقد اعتبر هؤلاء العيب الحادث بالمرأة بعد العقد مصيبة نزلت بالرجل وعليه أن يتحملها • والا طلقها •

ويقع عبء اثبات حدوث العيب بعد العقد على عاتق المرأة •

المطلب الثالث :

انكار الزوجة للعيب الذى يدعيه الزوج :

الادعاء والانكار أساس كل دعوى سواء كانت من قبل الزوج أو الزوجة • وسواء كانت بخصوص النكاح أو غيره •

فاذا ادعى الزوج وجود العيب بالمرأة • وكان العيب مما يخفى لا يطلع عليه سوى النساء • وأنكرت ما ادعاه الزوج من العيوب • أو ادعت علمه به قبل العقد أو رضاه به فما الحكم ؟ الأجابة عن هذا التساؤل فى التفصيل التالى •

أولاً : انكار المرأة للعيب •

انكار المرأة للعيب أو نفيها له ، له ثلاث صور •

١ — الصورة الاولى : نفى داء غير الفرج • كالجذام والبرص وغيره • اذا ادعى الزوج عيباً بالزوجة من هذه العيوب • وأنكرت وجوده بها • وكان موضع العيب مما ينظره النساء • فإنه يكفى فيه قول امرأتين •

أما اذا كان فى موضع ينظره الرجال • فيكفى فيه قول رجلين فان عدمت البينة • فاليمين على المرأة (٩٩) •

(٩٩) المغنى لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٠ طبعة بالاونست دار الكتاب العربى ١٣٩٢ — ١٩٧٢ •

٢. — الصورة الثانية : نفى المرأة لداء زوجها .

إذا ادعى الزوج عيبا بفرج المرأة وأنكرت وجوده فقد وزد عن المالكية في ذلك روايتان .

الاولى : أنها تصدق بيمينها . ولا يجوز للرجل أن ينظر إلى عورتها . ولا يجوز ذلك إلا برضاها (١٠٠) .

والثانية : جواز النظر إلى فرج المرأة للضرورة . ويجوز عندهم شهادة واحدة أو اثنتين عند الحاجة ولا يجب على المرأة يمين .

لان حجة الزوج لم تنقطع لانه يجد البيان بنظر الامينات أو بأمينين كانا قد تزوجاها أو عرفا عيب فرجها وهي صغيرة . وإن قلن . أى الامينات . أو قالوا . أى الامينين أنها معيبة فذلك حجة له لا يحتاج معها إلى يمين .

وان قالوا أنها غير معيبة فهذا حجة لها لا يلزمها اليمين معها . وإنما تلزمها اليمين إذا عذمت الامينات أو الامينان المتزوجان لها مثل ذلك أو العارفان بها من صغرها (١٠١) .

(١٠٠) الخرش على مختصر خليل بنهائشه حاشية الشيخ على العكوي ج ٣ ص ٢٤٣ — ٢٤٤ . دار الفكر — بيروت .

(١٠١) كشف القناع عن متن الاقتناع . للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ج ٥ ص ١٠٩ طبعة دار الفكر ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ص ٣٩٩ طبعة ١٤٠٥ هـ . ١٩٨٥ م مكتبة الإرشاد ، المغنى لوفى الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٠ . دار الكتاب العربي طبعة بالوفست ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م .

وقيل يصدق المنكر ويطلب المدعى بالبينة (١٠٢) • هذا وقد كان المشهور قديما عدم جواز نظر النساء لفرج المرأة • ولكن بمرور الزمن أبيع للحاجة •

الصورة الثالثة :

إنكارها للعيب حال العقد :

وذلك بأن قالت • حدث العيب بعد العقد • وقال الزوج كان العيب موجودا حال العقد • ففي هذه الحالة يكون القول قول المرأة بيمينها • ان تنازعا بعد الدخول • فان تنازعا قبله • فالقول قول الزوج • هذا ما ذهب اليه ابن رشد (١٠٢) •

والحقيقة • أنه يمكن رفع هذا الخلاف بعرض الزوجة على طيبة متخصصة أو طبيب مسلم عدل • لمعرفة وقت حلول العيب بالمرأة •

ثانياً : ادعاء الزوجة علم الزوج بالعيب أو رضاه به •

إذا أراد الزوج رد الزوجة بالعيب • فادعت علمه ورضاه بالعيب • وأنكر الزوج هذا الادعاء • وطلبت المرأة من الزوج أن يحلف على نفي ما ادعته عليه • فانه يلزمه أن يحلف • إذا كان العيب خفياً • ولم يطل السكوت عنه بعد الدخول من قبل الزوج • والا يحلف السليم • والقول قول المبيع • في أن السليم رضي بالعيب •

(١٠٢) مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني ج ٣ ص ٢٠٣ دار احياء التراث العربى •

(١٠٣) جواهر الاكليل • للشيخ صالح عبد السميع الازهرى ط ١ ص ٣٠١ • دار احياء الكتب العربية •

أما اذا كان العيب خفيا فيصدق الزوج مع يمينه • فاذا حلف
السليم على نفى العلم والرضا بالعيب • ثبت له الحق في طلب الرد •
وان نكل عن اليمين حلف المعيب • وسقط حق الزوج (١٠٤) •

صور الاعلام بالعيب :

الاعلام بالعيب له عدة صور • نورها فيما يلي :

١ — الصورة الاولى : أن يقول المعيب للسليم • أعلمتك قبل
العقد • أو أعلمك فلان أو فلانة قبل العقد • أو علمت قبل العقد •

٢ — الصورة الثانية : أن يقول أعلمتك بعد العقد • وقبل المسمى
أو أعلمك فلان أو فلانة • أو علمت بعد العقد وقبل المس •

وهاتان الصورتان • يبينان كيفية العلم بالعيب قبل العقد • أو
بعده وقبل الدخول • ويتوقع فيهما علم السليم بعيب المعيب من أى
جهة • وبأى وسيلة • ان لم يكن باعتراف المعيب للسليم قبل الاقدام
على اجراء العقد • فهما مبنيتان على افتراض توقع العلم بالعيب قبل
العقد •

٣ — الصورة الثالثة : أن يقول المعيب للسليم • رضيت بالعيب
قبل العقد أو بعده وقبل المس •

وهذه الصورة لبيان كيفية الاعلام بالرضا بالعيب •

(١٠٤) حاشية الدسوقي • للشيخ محمد عرفة الدسوقي ج ٢ ص
٤٧ طبعة دار احياء الكتب العربية ، مغنى المحتاج • للشيخ محمد الشربيني
الخطيب • ج ٣ ص ٢٠٣ • الطبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م • دار احياء التراث
العربي • كشف القناع عن متن الاقتناع • للشيخ منصور بن يونس بن
ادريس البهوتي ج ٥ ص ١١١ • طبعة دار الفكر للطباعة والنشر •

٤ — الصورة الرابعة : أن يقول علمت بعد المس ورضيت فيحلف منكر ذلك أنه ما أقر برضى أو ما علم أو ما أعلمنى فلان أو نحو ذلك بحسب ما يدعيه الآخر (١٠٥) •

ويبدو أن هذه الصورة • لبيان كيفية العلم بالعيب والرضا به • وهذه الصورة هي الوحيدة التي ورد فيها ذكر اليمين • وربما كان ذلك لحصول الدخول بالعيب • فلا مفر من الحلف في ذاك الوقت • هذا في الرضا الصى أو المادى • أما الرضا التلبى • فلا حلف عليه • ولا بينة •

المبحث الرابع :

حق الزوجة في طلب التفريق بالعيب :

حق الزوجة في طلب الرد بالعيب تحكمه نفس الضوابط الخاصة بالزوج • فليس في كل حال تستطيع الزوجة استخدام هذا الحق • واليك بيان ذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الاول :

الحالات التي يحق للزوجة طلب التفريق فيها بالعيب :

ينحصر حق الزوجة في طلب الرد بالعيب في حالات معينة نذكر منها ما يلى •

الحالة الاولى :

إذا وجدت المرأة بزوجها عيبا من العيوب التناسلية • كالجب •

والخصاء • والعنة • ثبت لها في هذه الحالة طلب الفسخ اما حالا —
اذا كان مجبوبا — أو بعد التأجيل له اذا كان عنيئا •

ويتساوى في حكم الجب كون ذكر الزوج كبيرا بحيث لا يمكن
ادخاله وذلك لعدم الفائدة منه • ولانه لا يحصل المقصود بوجوده •
واذا كان المجبوب صغيرا لا ينتظر بلوغه لعدم الفائدة من ذلك (١٠٦) •

واذا ادعى المجبوب وطء امرأته بها تبقى منه وأنكرته الزوجة
قبل قولها مع يمينها • لانه يضعف بالقطع • والاصل عدم وطء المجبوب •
ويقع عبء اثبات عيب الجب على عاتق المرأة (١٠٧) •

واذا وجدت المرأة زوجها خصيا أو عنيئا فيؤجل طلبها •

• الحالة الثانية •

خلو الزوجة من كل عيب يمنع الوطء • كالرتق • والقرن • والعفل •
الى غير ذلك من داءات الفرج •

الحالة الثالثة :

عدم علم الزوجة بالعيب ورضاها به باستثناء العنة وما شابها
فيؤجل لها سنة فان لم يبرأ بعدها جاز لها طلب الرد •

• كيفية اثبات حالة الايوس من المرض •

يمكن اثبات حالة الايوس • بتوقييع الكشف الطبى واجراء
التحليلات الطبية اللازمة • ويستوى هذا المرض — في حكمه — مع

(١٠٦) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٥ ، البحر الرائق ج ٤ ص

(١٠٧) كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٥ ص ١٠٦ •

العتة • وذلك لامكان البرء من الداء • ويشبه الجب في ذاته • حيث
أن كلا العيين مانع قطعاً من الوطء • ولكن الجب لا يمكن فيه عودة
الذكر أصلاً • وفي كل الحالات يقع عبء اثبات وجود العيب على
المدعى (١٠٨) •

المطلب الثانى :

الحالات التى لا يحق للزوجة طلب التفريق فيها بالعيب :

ليس حق المطلقة فى طلب الرد مطلق حيث يرد عليه ما يمنع من
استخدامه كما فى الحالات التالية :

الحالة الاولى :

إذا علمت الزوجة بالعيب ورضيت به • أو انصرفت من قاعة
المحكمة بعد انتهاء الجلسة دون أن تختار أو يختار وكيلها أن وجد •
ورضا المرأة بالعيب يمكن أن يأخذ صورتين :

الصورة الاولى :

الرضا بالعيب صراحة • وذلك باسقاط الخيار أو ما يجرى مجراه •
نحو أن يقول • أسقطت الخيار أو رضيت به • أو اخترت الزوج سواء
كان ذلك بعد تخيير القاضى أو قبله •

الصورة الثانية :

الرضا بالعيب بطريق الدلالة : —

وذلك بأن تقوم المرأة بعمل يدل على الرضا منها بالمقام معه •

أما اذا قامت الزوجة • أو انصرفت من قاعة المحكمة قبل انتهاء الجلسة والنطق بالحكم أو أقامها أعوانه أو مساعدوه (مساعدوا القاضي) أو انصرف القاضي ولم يحصل شيء • فعلى المشهور عند أبى يوسف ومحمد • لا حق لها في طلب التفريق •

وذلك لان تخيير القاضي للزوجة — ان كان حدث منه تخيير لها — قائم مقام تخيير الزوج • ثم ان الزوجة كان باستطاعتها الاختيار قبل انتهاء جلسة المحكمة • فامتناعها مع القدرة على الاختيار دليل على الرضا بالعيب •

وان كان يرى بعض الفقهاء • أن قيام الزوجة أو انصرافها من جلسة القضاء دون الاختيار لا يعتبر دليلا على الرضا بالعيب لانه ليس في كل الحالات يكون السكوت وعدم الاختيار دليلا على الرضا بالعيب (١٠٩) •

الحالة الثانية :

اذا كان بالزوجة عيب من عيوب الفرج •

وذلك كأن تكون الزوجة رتقاء أو قرناء أو عفلاء • أو بها داء معضل بالفرج •

وذلك لان المنع من الاستمتاع في هذه الحالات حادث بسبب المرأة • وهذا هو المعتمد عند جمهور الفقهاء (١١٠) حتى وان كان بالزوج

(١٠٩) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٣٤ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ طبعة أولى •

(١١٠) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٥١ • فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ ، نهاية المحتاج للرملي ج ٦ ص ٣٠٩ •

من العيوب مثل ما بالزوجة • وذلك لتساويهما في العيب وعدم انفراد أحدهما بميزة عن الآخر (١١١) •

والقول الآخر • جواز الفسخ بالعيب المتماثل بينهما •

وذلك لان النفس تعاف من غيرها ما لا تعاف منها • ولكن بعض المالكية فصل هذه المسألة فقال :

إذا اطلع كل من الزوجين على عيب صاحبه وكان مخالفا له ثبت لكل منهما الخيار • وان كانا من جنس واحد فله القيام دونها • لبذله صدق سالة فوجد من صداقها دونه (١١٢) •

الحالة الثالثة :

إذا قبلت المرأة الزواج ممن به عيب فرق بينها وبينه بسببه سابقا •

معنى ذلك • أن المرأة إذا تزوجت برجل معيب كانت قد فارقته بسبب هذا العيب الذي ما يزال به • وهي تعلم بذلك • ثم طلبت الرد بهذا العيب لم يكن لها ذلك • وذلك لان الرجعة استصلاح النكاح الاول وليس بتجديد عقد النكاح وقد رضيت بمقامها معه في هذا النكاح • فلا يحق لها • لا أن تطالب بتأجيله بغية العلاج • ولا أن تطالب بالفسخ بغير تأجيل • هذا ما قال به الامام الشافعي رحمه الله تعالى •

(١١١) معنى المحتاج للنوى ج ٣ ص ٢٣٠ •

(١١٢) شرح منج الجليل ج ٢ ص ٨٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٣ • معنى المحتاج للنوى ج ٣ ص ٢٠٣ ، مواهب الجليل للخطاب ج ٣ ص ٨٣ •

وقد قيل أن الشافعى بنى قوله السابق على مذهبه القديم • فى أن الخلوة تثبت العدة • فكأنه فرضها فيمن خلا بامرأته ولم يطأها • فأصابته عنيينا فضربت له المدة ثم اختارت المقام معه ثم طلقها ولم بينها • فان له الرجعة عليها • لان الخلوة كالدخول فى استقرار المهر بوجوب العدة والرجعة •

وقيل يحتمل أنه بناها على مذهبه الجديد الذى يقول فيه بوجوب الرجعة للزوج والعدة على المرأة اذا كان قد وطأها ولم يغيب الحشفة فى الفرج • وأنزل • واستدخلت ماءه من غير جماع •

وهذا رد على اعتراض المزنى على قول الشافعى حيث قال بعدم جواز اجتماع الرجعة والعنة •

وعلى المزنى رأيه هذا فقال • ان كان قد وطئها فى هذا النكاح • فانه لا تضرب له المدة التى تضرب للعنين • لانه وان لم يصبها فيه فلا عدة عليها ولا رجعة •

وقال بعض الشافعية • يحتمل أن يكون الشافعى أراد اذا وطئها فى دبرها • وان كان الطلاق بائنا ثم تزوجها بعده • فتد تزوجته مع العلم بالعيب •

وعلى كل فان ما يهمنى فى هذا الخلاف هو قبول المرأة الزواج ممن كانت قد فارقت لذات العيب مع علمها ببقاءه به سواء كان زواجا بالمراجعة أو بعقد جديد (١١٣) •

(١١٣) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٨٣ ، الفتاوى الهندية للشيخ نظام ج ١ ص ٥٢٤ •

الحالة الرابعة :

زوال العيب قبل الفسخ وقبل المطلب :

إذا زال العيب قبل الفسخ فلا وجه حينئذ للمطالبة به • وذلك
لأنه بزوال العيب يزول الضرر كالمبيع يزول عيبه (١١٤) •

المطلب الثالث :

انكار الزوج للعيب أو ادعاؤه علم الزوجة به •

الحديث في هذا المطلب يدور حول نقطتين •

١ — النقطة الاولى :

انكار الزوج وجود العيب •

العيب الذى تدعى الزوجة وجوده بالزوج • أما أن يكون عيباً
عقلياً • أو بدنياً • أو تناسلياً •

فاذا كان العيب من العيوب العقلية أو البدنية المستحكمة • كالجنون
والجذام والبرص • فإنه يمكن التعرف عليه بالنظر والمشاهدة من أهل
الخبرة والثقة • والا حلف المنكر • والقول قوله (١١٥) •

أما إذا كان عيب الزوج من العيوب التناسلية • كالجب والخصاء
والمعنة • وادعت الزوجة وجود أحدها بالزوج وأنكر ذلك فالقول قوله
مع يمينه • فإن نكل ردت اليمين على المرأة •

(١١٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ٥٢ ، كشف القناع
ج ٥ ص ٢٠١ •

(١١٥) الاقناع ج ٣ ص ١٩٩ •

قال الاصطخرى (١١٦) • أحد فقهاء الشافعية • يقضى عليه بنكوله
ولا تحلف المرأة • لانه أمر لا نعلمه • والتأول الاول هو الراجح عند
الشافعية • والذي عليه المذهب • وذلك لانه حق نكل فيه المدعى عليه
عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق (١١٧) •

النقطة الثانية :

ادعاء الزوج علم الزوجة بالعيب •

اذا لم ينكر الزوج العيب • ولكنه ادعى علم الزوجة به قبل العقد
ورضاها بعده • وليس لديه بينة تشهد بما ادعاه وأنكرت الزوجة علمها
بالعيب ورضاها به وطلب الزوج يمين الزوجة على نفى ما ادعاه عليها
من العلم بالعيب والرضا به • فانه يلزمها أن تحلف • فان نكلت حلف
الزوج وسقط حقها • فان نكل • أى امتنع أيضا ثبت الخيار للزوجة •

اذ القاعدة أن النكول بعد النكول تصديق للناكل • هذا اذا لم
يكن العيب ظاهرا • وكان الادعاء الحاصل منه بعد البناء — أى الدخول
بها •

ولكن اذا كان العيب ظاهرا ولم يطل الامر • لا يحلف السليم
والقول للمعيب أنه رضى به بيمينه (١١٨) •

(١١٦) الاصطخرى • هو الحسن بن أحمد بن يزيد الاصطخرى •
فقيه شافعى ، ولد عام ٢٤٤ هـ وتوفى عام ٣٢٨ هـ ، له كتاب فى القضاء
والفرائض •

(١١٧) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٧ •

(١١٨) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٤٧ ، جواهر الاكليل للازهرى
ج ١ ص ٢٩٩ •

المبحث الخامس

من له حق ايتاع الفرقة بين الزوجين

التفريق بالعيوب من الامور التي تحتاج الى نظر واجتهاد واعمال للعقل والفكر • وقلمما يخنو أحد العيوب من وقوع الجدل حوله • الامر الذي يستدعى اللجوء للقاضي • هذا ما نتعرض له تفصيلا من خلال المطالبين التاليين •

المطلب الاول :

العيوب التي يتوقف الفسخ فيها على وجود القاضي :

تعتبر العيوب التناسلية الخاصة بالرجل كالجب • والخصاء • والعنة • من العيوب التي تحتاج الى النظر والاجتهاد في ما يتعلق بها من أحكام والقاضي هو من يملك الفصل في مثل هذه الامور • لذا كان وجوده — أي القاضي — عند الفسخ بهذه العيوب أو عند ضرب المدة المقررة للعنين أو الخصى أمرا وجوبيا •

وذلك لان هذه العيوب مما يبنى على الدعوى والاقرار والانكار واليمين • فيحتاج الى نظر القاضي (١١٩) •

ومن ثم فلا يصح أن يملك التأجيل أو الحكم بالفسخ بعده سوى القاضي • ولا عبرة بضرب غيره للمدة أو فسخه بعدها • ولو عزل القاضي الذي أجله بنى المتولى على تأجيل الاول (١٢٠) •

ولم يشترط بعض الشافعية فسخ القاضي وذلك لما يأتي :

(١١٩) معنى المحتاج ج ٣ ص ٥٦ •

(١٢٠) البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٥ •

أن اشتراط القاضي للنظر والاجتهاد • ويمضى المدة يصبح لا حاجة لذلك (١٢١) •

والحقيقة • أن القاضي هو جملة الاختصاص بمثل هذه الامور وبغيرها فلا بد من رجوع الامر اليه حتى ولو انتهت المدة •

المطلب الثانى :

حكم اشتراط فسخ القاضي فى غير العيوب التناسلية :

الفسخ من قبل القاضي فى غير العيوب التناسلية لم يسلم من اختلاف الرأى وتعدد الاقوال فيه •

وفيما يلى أهم هذه الاقوال :

القول الاول :

ان المرأة لها الحق فى ايقاع الطلاق أو الانفراق بالفسخ اذا كانت العصمة بيدها • ثم يشهد القاضي على ذلك • وهذا القول لفريق من المالكية (١٢٢) • وبه أخذ القفال (١٢٣) من الشافعية •

وقد عللوا لهذا القول بما يلى :

— ان المقصود بالحكم هو الاستشهاد • وليس حقيقة الحكم

(١٢١) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٨ •

(١٢٢) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٢ ، المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٤ •

(١٢٣) هو عبد الله بن أحمد المرزوى أبو بكر القفال • ولد عام ٣٢٧ هـ وتوفى عام ٤١٧ هـ • وهو فقيه شافعى • كان وحيد زمانه فقها وزهدا • أنظر الاعلام للزركلى ج ٤ ص ٦٦ •

فالقاضي يقول لها • ان شئت أن تطلقى نفسك • وان شئت التريص عليه • فان طلقت نفسها أشهد على ذلك وهذا ما رجحه الامام مالك •

القول الثانى :

ان الحكم بالفسخ أو الطلاق من اختصاص القاضي • وهو شرط فى التفريق بكل العيوب التناسلية وغير التناسلية • وذلك لاحتياج هذا الامر الى الاجتهاد والنظر • وعلى هذا القول يكون المراد بحكم القاضي هو حقيقة الحكم • وليس الاشهاد كما يرى أصحاب القول الاول •

القول الثالث :

ان الطلاق يوقعه القاضي أو يفوض المرأة فيه • وعلى هذا القول • يكون القاضي المختص بالخيار حين يرفع اليه الامر • فهو اما أن يقوم هو بالطلاق أو الفسخ • أو يفوض المرأة (١٢٤) •

القول الرابع

ان الطلاق أو الفسخ لا يحتاج الى حكم قضائى كالرد بالعيب فى البيع • وهذا القول للاسفرايينى أحد فقهاء الحنابلة ، واليه مال بعض الشافعية حيث ورد فى كتبهم ما يفيد جواز انفراد كل من الزوجين بالفسخ من غير مرافعة الى القاضي • كفسخ البيع بالعيب • ينفرد به كل واحد من المتبايعين (١٢٥) •

وقد أخذ القانون بما ورد فى القول الثانى : من حيث اختصاص القاضي بالتفريق بين الزوجين للعيب • وذلك باعتبار أن الزوجة تطلب من القاضي التفريق •

(١٢٤) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٢ ، المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٤ •

(١٢٥) المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٤ •

واعتبر الفرقة الحاصلة عنه طلاقه بائنة كما هو نص المادة رقم ١٠ من القانون سالف الذكر •

الفرقة بالعيب طلاق بائن :

وتعد سبق بيان ذلك في الباب السابق •

وبالنظر الى ما سبق يتبين لنا أن المقول الرابع • هو أعدا الاقوال وأقربها الى الصواب • وذلك لان مفتاح بقاء الحياة الزوجية — كما بقول، أستاذنا الدكتور عبد الناصر عطا — يجب أن يكون بيد الزوج في الاصل باعتباره أنه هو الذى أنشأ الاسرة وهو القيم عليها • والمسئول عنها • والمكلف بالانفاق عليها فاذا طلق فلا يستساغ أن نفرض عليه زوجة لا يقبل التعاون معها • وبالتالي لا يتحقق في الاسرة السكن والمودة والرحمة اذا أجبر القاضى الزوج الكاره على أن يستمر في الحياة الزوجية •

والزوج لا يطلق غالبا الا بعد تمهل وترو ومحاولات للصلح بينه وبين الزوجة لما يلقي عليه من تبعات اذا تم الطلاق واجبار الزوج على اللجوء للقاضى ليوقع الحكم بالطلاق اذا كان هناك مبرر له • أمر ليس في صالح المرأة • لانه يعنى أن يلجأ الزوج الى القاضى لكشف عيوب زوجته • وهذا ما يحدث في البلاد التى تجعل الطلاق بيد القاضى • حيث يتعين على الزوج أن يثبت سوء سلوك زوجته • أو سوء طباعها • أو غير ذلك مما قد يذكره من عيوب • هذا الى جانب محاولة الزوج المبالغة في هذه العيوب أو الكذب فيها • أو الاستعانة بشهود زور • ولهذا كله اخترنا هذا القول لانه أفضل الاقوال • حيث يعطى الزوج حقا قد كفله الشرع له •

الباب الثالث

ما يترتب على التفريق بين الزوجين بالعيب

إذا حصل التفريق بين الزوجين بأى من العيوب التى تجيز ذلك •
فإن هناك من الآثار ما يترتب على ذلك بالتفريق • وهى فى الغالب تبعات
يتحملها الزوج • كالمهر والمتعة والنفقة والمسكن • ولكل واحد من هذه
الامور أحكامه التى تتعلق به • والتى نعرضها من خلال المباحث التالية :

المبحث الاول

الاحكام المتعلقة بالمهر (١)

يعتبر المهر من أهم الآثار التى تترتب على التفريق بين الزوجين
بالعيب • ويختلف القدر الذى تستحقه منه المطلقة بحسب الدخول
وعدمه • فليس المستحق منه قبل الدخول كالمستحق بعده • وفى المطلبين
التاليين نوضح هذه المسألة •

المطلب الاول :

أثر الفسخ قبل الدخول على القدر المستحق من المهر

إذا تم التفريق بين الزوجين بالعيب قبل الدخول •

فإن جمهور الفقهاء يرون عدم استحقاق الزوجة على زوجها شيئاً

(١) المهر : هو ما يعطى للزوجة فى مقابل الاستمتاع بها • ويسمى
الصداق ويسمى أيضاً بالثمن • لما يشترط فيه من شروط الثمن • راجع
حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٦١ •

من المهر • سواء كان الزوج هو الفاسخ • أو الزوجة (٢) • خلاف ما ذهب اليه الاحناف :

وقد احتج الجمهور بما يلى :

الدليل الاول : ان الفسخ ان كان من الزوجة • فالفرقة من جهتها وان كان من الزوج • فانما فسخ لعيب فيها أخفته عنه فصار الفسخ كأنه منها •

الدليل الثانى : ان المهر الذى يبذله الزوج فى مقابلة منافع الزوجه ولما تعذر استيفاء المنفعة منها وجب رد المهر الى الزوج • لتعذر استيفاء المقابل له (٣) •

ويرى الاحناف : أن الفسخ اذا تم قبل الدخول • فللزوجة نصف المهر اذا سمي فى العقد • ولم تحصل خلوة صحيحة لان حصول الخلوة — عندهم — يوجب كمال المهر (٤) •

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٤ ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٥ ، المختصر النافع • لجعفر بن الحسن الحلبي ص ١٨٧ ، البحر الزخار ج ٧ ص ٦٣ •

(٣) مغنى المحتاج • للشيخ الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٤ طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م دار احياء التراث العربى • بيروت ، حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الانصارى ج ٤ ص ٢١٦ ، تحفة المحتاج • لابن حجر الهيتمى ج ٧ ص ٣٥٠ طبعة دار صادر بيروت ، المجموع شرح المذهب ج ١٥ ص ٢٧٥ للاستاذ محمد نجيب المطيعى • كشف القناع عن متن الاقتناع للشيخ منصور البهوتى ج ٥ ص ١١٣ ، المغنى لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٥ الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٣٨ • الكافى • لابن قدامة المقدسى ج ١٦ ص ٦٢ • حاشية الرهونى على شرح الزرقانى • لابن يوسف الرهونى ج ٣ ص ٢٨٤ ، جواهر الاكليل • للشيخ صالح الازهرى ج ١ ص ٣٠٢ • المختصر النافع • لجعفر بن الحسن الحلبي ص ١٨٧ • البحر الزخار • لابن المرتضى ج ٧ ص ٦٣ •

(٤) الدر المختار شرح تنوير الابصار • مطبوع مع حاشية ابن عابدين

ج ٣ ص ٤٩٨ • الطبعة الثانية مطبعة الحلبي •

أما إذا لم تكن هناك تسمية في العقد • فإنه يعاض عنه بالمتعة (٥) وذلك بناء على أن الفرقة الحادثة بين الزوجين طلاقه بائنة والطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة ينصف المهر (٦) •

واننى أميل الى ما ذهب اليه الجمهور • من عدم استحقاق المفسوخ نكاحها بسبب العيب قبل اتمام الدخول • وذلك لاذات الاسباب التى بنى الجمهور عليها رأيهم • أضيف الى ذلك • أن الفتاة بعد أن تتم خطبتها • • فإنها تحصل من الشاب أو الرجل • ما يسمى بالشبكة • وهدايا كثيرة يمنحها الخاطب لمخطوبته • غير ما ينفقه عليها وأحياناً على أسرته من نفقات شخصية وغير شخصية • لو حسبت فى مجملها ربما تعدت قدر نصف المهر • الذى يقول به الاحناف •

المطلب الثانى :

أثر المفسخ بعد الدخول على القدر الواجب من المهر :

إذا تم الدخول بالزوجة وبها عيب لم يعلمه الزوج ولم يرضى به بعد العلم • فإنه فى هذه الحالة يجب عليه المهر كاملاً لا ينتقص منه شئ • هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية بلا استثناء • وذلك لان المهر يجب بالعقد • ويستقر بالدخول • فلم يسقط بجاذب بعده (٧) • هذا ان أراد الفسخ والا أبقى على زوجته •

(٥) بدائع الصنائع • للفتية علاء الدين الكاسانى ج ٣ ص ١٥٣٤ •
حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٠٩ الطبعة الثانية ١٢٨٦ هـ — ١٩٦٦ م •

(٦) المرجع السابق •

(٧) الشرح الكبير • للشيخ أحمد الدردير • مع حاشية الدسوقي

ولكنهم اختلفوا في نوع المهر الواجب . هل هو المهر المسمى (٨)
أم مهر المثل (٩) . وقد انحصر الخلاف في هذه المسألة في رأيين :

الرأى الاول :

ان الواجب هو المهر المسمى في العقد (١٠) .

ج ٢ ص ٥٨٢ ، الهداية شرح بداية المبتدى ج ٢ ص ٢٦ طبعة أخيرة ،
جواهر الاكليل . للشيخ صالح الازهرى ج ١ ص ٣٠١ ، حاشية الدسوقي
ج ٢ ص ٢٥٢ طبعة دار الفكر ، شرح منح الجليل . للشيخ محمد عليش
ج ٢ ص ٩٠ ، المجموع شرح المذهب . التكملة الثانية للاستاذ محمد نجيب
المطيعى ج ١٥ ص ٢٧٥ ، نهاية المحتاج . لابن شهاب الدين الرملى ج ٦
ص ٣١٣ طبعة أخيرة ١٢٨٦هـ - ١٩٦٧م ، كشاف القناع . للبهوتى ج ٥
ص ١١٣ طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٧٢م ، الكافي . لابن قدامة المقدسى ج ١٦
ص ٦٢ طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م . المكتب الاسلامى .

(٨) المهر المسمى : هو الذى اتفق الطرفان على قدره . وتم ذكره في
العقد .

(٩) ومهر المثل : هو الذى يرغب به في مثلها . وركنه الاعظم النسب .
فينظر الى نساء عصابات . وهن المتنسبات الى من تنسب هذه اليه .
وتقدم القربى والشقيقة فأقربهن الاخوات لابوين . ثم لاب . ثم بنات الاخوة
ثم العمات . ثم بنات الاعمام كذلك . فان فقدن فنساء الارحام كالجدات
والخالات . فان فقد الارحام فمثلها من الاجانب . ويجب في النكاح الذى لم
يسم صداقه . او تلف المسمى قبل قبضه . والخلع اذا فسد المسمى .
والوطء في غير نكاح صحيح . والرضاع . ورجوع الشهود بعد الشهادة
بطلاق بلئن أو رضاع . والدعوى . واذا جاءت المرأة مسلمة في زمن الهدنة .
يراجع . الاشباه والنظائر . لجلال الدين السيوطى ص ٣٩٣ - ٣٩٥ .

(١٠) الهداية . شرح بداية المبتدى ج ٢ ص ٢٦ طبعة أخيرة ، جواهر
الاكليل للشيخ صالح الازهرى ط ١ ص ٣٠١ ، حاشية الرهونى على شرح
الزرقانى . للشيخ ابن يوسف الرهونى ج ٣ ص ٢٨٤ ، البحر الزخار .
لاحمد بن يحيى المرتضى ج ٣ ص ٦٢ ، المختصر النافع . لجعفر بن الحسن
الحلى ص ١٨٧ .

هذا ما ذهب اليه الاحناف ، والمالكية ، والشيعة الزيدية والامامية
أما الشافعية • عدا الامام الشافعي وبعض من أصحابه • فانهم يفرقون
بين الفسخ بعد الوطء أو قبله • فأوجبوا المهر المسمى اذا تم الفسخ
بعد الوطء — وهو أصح الاقوال عندهم (١١) وأرجحها عند الحنابلة (١٢) •

حجة هذا الرأي :

احتج القائلون • بأن الواجب هو المهر المسمى • بما يلي :

أنها فرقة جاءت بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى
صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة •

والدليل على أنه نكاح صحيح :

(أ) أنه وجد بشروطه وأركانه • فكان صحيحا كما لو لم يفسخه
ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحا • فكذلك اذا فسخه •

(ب) أنه ترتب عليه أحكام الصحة • من ثبوت الاحصان والاباحة
للزواج الاول • وسائر أحكام الصحيح •

(ج) أنه لو كان فاسدا لما جاء بقاءه • وتعين فسخه (١٣) •

(١١) نهاية المحتاج • لابن شهاب الدين الرملي ج ٦ ص ٣١٣ طبعة
١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م ، مغنى المحتاج • للشيخ الشربيني الخطيب ج ٣
ص ٢٠٥ طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م • دار احياء التراث العربى •

(١٢) كشف القناع عن متن الاقتناع • للشيخ منصور البهوتى ج ٥ ص
٣١٣ طبعة ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م ، الكافي لابن قدامة المقدسى ج ١٦ ص ٦٢
طبعة ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م ، الشرح الكبير مطبوع مع المغنى ج ٧ ص ٥٨٢
طبعة ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م طبعة جديدة بالافست •

(١٣) الشرح الكبير • لشمس الدين القدسى مع المغنى ج ٧ ص ٥٨٢ ،
المغنى • لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٥ • طبعة جديدة بالافست عام
١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م •

الرأى الثانى :

وهو للامام الشافعى رحمه الله وبعض من أصحابه • وفيه
يرون • وجوب مهر المثل • وقد أخذ بهذا أحد فقهاء المذهب الحنبلى •

حجة هذا الرأى :

احتج القائلون بهذا الرأى • الشافعى ومن معه • بما يلى :

١ — أن الفسخ بالعيب يستند الى سبب قبل العقد فيصير الوطاء
كالحاصل فى نكاح فاسد • موجب مهر المثل (١٤) •

٢ — ان الزوج فى هذه الحالة قد استمتع بمعيبه • وهو انما بذل
المسمى على ظن السلامة • ولم تحصل • فكان العقد جرى بلا تسمية •

٣ — ان قضية الفسخ رجوع كل منهما الى عين حقه أو الى بدله
ان تلف فيرجع الزوج الى عين حقه • وهو المسمى • والزوجة الى
عين حقها • وهو مهر المثل • لفوات حقها بالدخول (١٥) •

ونحن نرجح ما ذهب اليه الامام الشافعى ومن معه حيث ينتقى
معه ظلم الزوج من المغالاة فى المهور فى كثير من الاحيان •

(١٤) نهاية المحتاج • لابن شهاب الدين الرملى ج ٦ ص ٣١٣ طبعة
١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م • مغنى المحتاج • للشيخ محمد الشربىنى الخطيب ج ٣
ص ٢٠٥ طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م • دار احياء التراث العربى ، كشاف
القناع عن متن الاقتناع للشيخ منصور البهوتى • ج ٥ ص ٣١٣ ، الكافى •
لموفق الدين بن قدامة المقدسى • ج ١٦ ص ٦٢ ، الشرح الكبير لشمس الدين
القندسى ج ٧ ص ٥٨٢ • طبعة ١٣٩٢ هـ — ١٩٧٢ م •

(١٥) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٥ •

المهر المقرتب على التفريق بين الزوجين بالعوب في القانون •

تنص المادة ١٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ / ٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ •

« اذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة • نان عجزت كان القول للزوج بيمينه الا اذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفا • وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر • أن بين ورثتهما فيحكم بمهر المثل » •

الشرح :

المادة السابقة الذكر وردت بشأن إيضاح ما يمكن الأخذ به اذا حصل اختلاف في المهر •

والاختلاف الذي عنته هذه المادة بالإيضاح يمكن أن يأخذ الصور التالية :

الصورة الاولى :

أن يكون الاختلاف في تسمية المهر • كأن يدعى أحد الزوجين تسمية قدر معلوم كآلف جنيه مثلا • وينكر الآخر التسمية • بأن يقول لم نسم شيئا في العقد •

الصورة الثانية :

ان الاختلاف في مقدار المهر المسمى في العقد مع الاتفاق على أصل التسمية • بأن يدعى الزوج أنه تزوجها بآلف وتدعى الزوجة أن مهرها ألف وخمسمائة جنيه مثلا •

الصورة الثالثة :

أن يتفق الزوجان على التسمية وعلى مقدار المهر • ويختلفان في القبض •

والاختلاف في المهر كان له أهمية كبيرة قبل صدور القانون الذي سمع دعوى الزوجين • وما يترتب عليها من المهر والنفقة والطاعة الا اذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية على يد موظف مختص بمقتضى وظيفته لاصدارها • وذلك في الحوادث الواقعة في أول أغسطس عام ١٩٣١ •

وبعد صدور القانون أصبح الاختلاف في المهر قليل الأهمية من الناحية العملية • لما يدون في الوثائق الرسمية عادة من أن الطرفين سميا مهرا ومقداره • المقبوض منه والمؤجل وزمانه • فالخلاف في أصل التسمية والمقبوض خلاف نادر •

ملاحظتنا على ما سبق :

نلاحظ على ما جاء بالقانون السابق ما يلي : —

١ — أن المشرع عندما وضع نص المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ • لم يذكر موقف القانون من احتساب شيء من المهر أو عدم احتسابه • في حالة ما اذا حصل التفريق بالعيب قبل الدخول • كما هو مبين بجلاء في الشريعة الإسلامية •

٢ — أن المشرع قد حكم مهر المثل في حالة الخلاف على المهر ولم يبين هل هذا الحكم يخفى بحالة عدم ذكر المهر أصلا في العقد — فيكون بذلك موافقا للمشرع — أم يشمل حالة ما اذا سمي في العقد مهر •

تطبيقات قضائية :

١ — المهر ليس شرطا لصحة النكاح • للزوجة الامتناع عن الدخول في طاعة زوجها حتى تستوفي العاجل منه دون أن تعد ناشزا •

الاجماع على أن أداء المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها ابانة لشرف المحل وان صح الفكاح بدونه • بحيث يجوز لها أن تمتنع عن أن تترف الى زوجها والدخول في طاعته حتى تستوفي الحال من صداقها الذي اتفقا على تعجيله • ولا تعد بهذا الامتناع ناشزا عن طاعته •

(نقض ١٩٧٩/٢/٢١ • طعن ١٩ س ٤٨ ق) •

٢ — كما حكم • بأن مهر الزوجة يقدر في حالة عدم تسميته بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها مع مراعاة التماثل بينها وبين من يقاس عليها مهر في الصفات والزمن •

(محكمة الجيزة الابتدائية في ١٩٥٣/٢/١٠ في النقض ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣ المحاماة الشرعية • السنة ٢٤ س ٣٩٩) •

المبحث الثاني

الاحكام المتعلقة بالمتعة (١٦)

المتعة من الآثار التي تترتب على حصول التفريق بين الزوجين بالعيب •

(١٦) المتعة في اللغة : مشتقة من المتاع • وهو ما يستمتع به •

وشرعا : هي مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه • راجع حاشية الشرواني ج ٧ ص ٤١٥ •

والاصل في تشريعها قوله تعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » (١٧) •

والحكمة منها جبر خاطر المطلقة ومواساتها • وهي بذلك تخسائر ما تقضى به الشرائع الاخرى والقوانين الوضعية التي تعتبرها تعويضا فالمتعة ليست اجرا في عقد عمل • وانما هي تعويض للزوجة عن وحشة الفراق وجبت لها بموجب عقد يشترك — بناءا عليه — الزوجان في اقامة أسرة صغيرة تكون لبنة في بناء المجتمع • والمتعة تختلف درجة استحقاقها من فرقة الى أخرى • فهي تارة تكون واجبة • وتارة تكون مستحبة وتارة أخرى تكون لا واجبة ولا مستحبة • وكل ذلك نتعرض له من خلال المطالب التالية :

المطلب الاول :

آراء الفقهاء في المتعة •

اختلف الفقهاء في متعة المطلقة • سمي لها في العقد مهر أم لم يسم • دخل بها أم لم يدخل • وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولا : متعة المطلقة قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر • وهي ما تسمى — بالمفوضة — (١٩) •

(١٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ •

(١٩) التفويض قسمان ١ — تفويض بضع • وهو أن يزوج الاب ابنته المجبرة بغير صداق • أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجه بغير صداق • سواء سكت عنه أو شرط نفيه •

٢ — وتفويض مهر • وهو أن يتزوجها على ما شاعت • أو على ما شاء • أو على ما شاء اجنبى • أو يقول ما شئتوا فالتكاح صحيح ويجب مهر المثل بالعقد • راجع الاقناع ج ٢ ص ٢٢٢ •

وهذه يرى الاحناف — في استحقاقها للمتعة — والامام الشافعى (٢٠) في الجديد وابن عباس والحسن البصري • والاوزاعى • وفريق من المالكية •

ورواية عن الامام أحمد • يرون جميعا وجوب المتعة (٢١) للمفوض وبه أخذ الاباضية (٢٢) •

وقد ألحق الامام الشافعى المفوض المدخول بها بغير المدخول بها في ايجاب المتعة • وقد اعترض البيضاوى (٢٣) رحمه الله على قياس الشافعى هذا وقال :

ان قول الله تبارك وتعالى « ومتعوهن » للمفوض التى لم يسم لها مهرا ولم يمسها الزوج • فوجه الاقتضاء فى الآية الكريمة يعنى • أن متعوا النساء المذكورات فى الآية • أى المطلقات من غير مس ولا فرض (٢٤) •

(٢٠) الامام الشافعى • هو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمى القرشى • المطلب ابو عبد الله • أحد الائمة الاربعة عند اهل السنة • واليه نسبة الشافعية كافة • ولد فى غزة بفلستين ثم رحل الى مكة ثم مصر • توفى رحمه الله عام ٢٠٤ هـ •

(٢١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٥٢٦ •

(٢٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ ص ٣٩١ •

(٢٣) الامام البيضاوى : هو عبد الله بن عمر بن محمد بن على ابو الخير القاضى ناصر الدين • البيضاوى مولدا • الشيرازى نشأة • التبريزى وفاة • الشافعى مذهبيا • الاشعرى عقيدة • القاضى الفقيه الاصولى النحوى المتكلم • كان رحمه الله عالما فى جميع المعارف منذ صغره • راجع التفسير والمفسرون للذهبي ج ١ ص ٣٠٤ •

(٢٤) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢٦٦ — ٢٦٧ •

حجة أصحاب هذا الرأي :

أصبح أصحاب هذا الرأي • لقولهم بوجوب المتعة للمفوض بما يلي :

الدليل الاول : قول الله تبارك وتعالى : « لا جناح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لهن فريضة • ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » (٢٥) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة : —

أن الله تبارك وتعالى قد جعل للتي طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها المتعة • وقد حمل بعض الفقهاء هذا الامر على الوجوب لان عمومات الامر بالامتناع في قوله تعالى « ومتعوهن » وإضافة الامتناع اليوم يلام التملك في قوله تعالى : وللمطلقات متاع بالمعروف (٢٦) تأكيدا لاجابها لان كل واحد يجب عليه أن يتقى الله في الاشراك به ومعاصيه • وقد قال تعالى : هدى للمتقين (٢٧) •

الدليل الثاني : لقد وجبت هذه المتعة للمطلقة حيث لم يسم لها مهر وقت العقد حتى ينصف • وتأخذ المطلقة نصفه تعويضا لها •

(٢٥) سورة البقرة : آية ٢٣٦ •

(٢٦) من الآية ٢٤١ من سورة البقرة •

(٢٧) تفسير القرطبي • الجامع لاحكام القرآن • للقرطبي ج ٣ ص ٢٠٠ • الطبعة الثالثة ١٢٨٧ هـ — ١٩٦٧ م • كتاب التسهيل لعلوم التنزيل • للامام محمد بن أحمد بن جزى الكلبى ج ١ ص ٨٥ الطبعة الاولى ١٣٥٥ هـ مصحح على عدة نسخ مخطوطة بالمكتبة الملكية • مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية • مصر •

فوجب تعويضها بهدية لازمة تعادل نصف مهر مثلها (٢٨) •

الرأى الثانى :

للامام مالك والشافعى فى القديم • وابن أبى ليلى • وفيه يرون
استحباب متعة المفوض • وعدم وجوبها (٢٩) •

وهذا الرأى اعترض عليه ابن القاسم من المالكية • فقال :

ان قوله تعالى « ومتعوهن » أمر • والامر للايجاب •

حجة الرأى الثانى :

احتج أصحاب هذا الرأى لما ذهبوا اليه • فقالوا :

ان الزوج لا يجبر عليها قضاء • لان الله تبارك وتعالى
قال • حقا على المتقين • وحقا على المحسنين • ولو كانت واجبة ما
اختص بها هؤلاء دون غيرهم • بل لاطلقها على الخلق أجمعين (٣٠) •

الرد على هذا الدليل أو الحجة :

رد أصحاب الرأى الاول • القائلون بوجوب المتعة للمفوض على
هذه الحجة فقالوا :

(٢٨) الاحكام الاساسية للأسرة الاسلامية • للدكتور زكريا البرى ص
١٢٧ •

(٢٩) المدونة الكبرى • للامام مالك ابن انس ج ٢ ص ٣٣٣ ، معنى
المحتاج • للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٢ ص ٢٤١ طبعة ١٣٧٧ هـ —
١٩٥٨ م • دار احياء التراث العربى •

(٣٠) تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن • ج ٣ ص ٢٠٠ الطبعة
الثالثة ١٣٨٧ هـ — ١٩٦٧ م •

ان قوله تعالى • وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين (٣١)
 كان لنزولها سبب • فقد حكى أنه لما نزل قوله تعالى • متاعا بالمعروف
 حقا على المحسنين (٣٢) • قال رجل • ان شئت أحسنت فعلت • وان
 شئت لم أفعل • فنزل قوله تعالى • وللمطلقات متاع بالمعروف حقا
 على المتقين (٣٣) •

الرأى الرابع :

بعد عرض كل من الرأىين السابقين فى هذه المسألة • فإننا نميل
 الى الاخذ بما ذهب اليه أصحاب الرأى الاول • وهو وجوب المتعة
 للمفوض • التى طلقت قبل الدخول فى عقد لم يسلم فيه مهر • وذلك
 لما يلى :

١ - استدلال أصحاب هذا الرأى • بالقرآن الكريم • وهو حجة
 فوق كل الحجج •

٢ - ان الدليل الذى استند اليه الامام مالك رحمه الله لا معضد
 له من قرآن كريم أو سنة • وانما هو مجرد اجتهاد يحتمل الخطأ كما
 يحتمل الصواب •

٣ - ان لفظ التقى والمحسن • تطلق على المسلم بحق فى كل
 أمر يقوم بأدائه ابتغاء وجه الله تعالى • ولا خصوصية فيه لعمل بعينه
 أو شخص بعينه •

(٣١) سورة البقرة : آية ٢٤١ •

(٣٢) سورة البقرة : من الآية ٢٣٦ •

(٣٣) سورة البقرة : آية ٢٤١ •

ثانيا : استحقاق المطلقة غير المدخول بها والمسمى لها مهر • للمتعة :

إذا طلقت المرأة قبل أن يتم الدخول بها • وكان قد سمي لها في العقد مهر فهل تستحق فوق ذلك المتعة أم لا ؟

من المسلم به أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول • وجب لها نصف الصداق المسمى في العقد • استجابة لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن • وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (٢٤) »

أما بالنسبة لاستحقاقها المتعة • فقد حدث فيه خلاف بين الفقهاء كما يلي :

ذهب الامام مالك والشافعي في الجديد • الى عدم استحقاق المطلقة غير المدخول بها في عقد فيه مهر مسمى • للمتعة (٢٥) • وقد أخذ بعض الحنابلة بهذا الرأي

علة هذا القول :

ان المطلقة قبل الدخول قد ضمنت شيئين :

الاول : سلامة بضعها •

الثاني : نصف مهرها •

(٢٤) سورة البقرة : آية ٢٣٧ •

(٢٥) مغنى المحتاج • للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٤١
طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م • دار احياء التراث العربى • مختصر المزني •
مطبوع مع كتاب الامام الشافعي ج ٣ ص ٣٨ • المدونة الكبرى • للامام مالك بن انس ج ٢ ص ٢٣١ • الطبعة الاولى • دار صادر بيروت •

وهذا يكفى جبرا للإيحاش (٣٦) •

٢ — وذهب الإحناف والشافعي في الجديد الى القول باستحباب
المتعة لكل مطلقة •

واحتجوا بعموم قوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا
على المتقين » (٣٧) •

والراجع عندنا ما ذهب اليه الامام مالك والشافعي في الجديد
وذلك لما يأتي :

١ — صريح قوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (٣٨) •

حيث أن الله تبارك وتعالى خص هذه المطلقة بنصف المهر المفروض
ولم يذكر معه ما يدل على استحقاقها شيئا من المتعة •

٢ — ان قول الله تبارك وتعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف »
يحمل على الاستحباب • لا على الوجوب • لأنها تفيد ذلك •

٣ — أن المطلقة قبل الدخول لم تفقد ما يستلزم الاستعاضة عنه
بنصف المهر والمتعة مرة واحدة •

ثالثا : حكم استحقاق المطلقة الدخول بها للمتعة :

المطلقة بعد الدخول في عقد فيه مهر مسمى اختلف الفقهاء في مدى
استحقاقها للمتعة على رأيين •

(٣٦) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ •

(٣٧) سورة البقرة : آية ٢٤١ •

(٣٨) سورة البقرة : آية ٢٣٧ •

الرأى الاول :

ما ذهب اليه الاحناف والامام مالك والشافعى فى الجديد • وفيه يرون استحباب المتعة لكل مطلقة • وقد ورد فى بعض الروايات عن الامام أحمد القول بوجوبها (٣٩) • وقد أيد ابن حبيب رأى شيخه الامام مالك رحمهما الله تعالى • حيث قال : المتاع أمر رغب الله فيه • •

وقال بعض الصحابة • لكل مطلقة متعة • التى تطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا (٤٠) •

حجة هذا الرأى :

احتج أصحاب الرأى السابق بما يلى :

الدليل الاول : عموم قول الله تبارك وتعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين (٤١) » •

الدليل الثانى : خصوص قوله تعالى للرسول الكريم صلى الله عليه وسلم « يا أيها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا » (٤٢) •

الدليل الثالث : قول ابن عمر • لكل مطلقة متعة • إلا التى لم يدخل بها وقد فرض لها (٤٣) •

(٣٩) المدونة الكبرى للامام مالك بن انس ج ٢ ص ٣٣١ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ ، الدر المختار ج ٣ ص ١١٠ ، الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٨٨ — ٢٨٩ •

(٤٠) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٣٣ •

(٤١) سورة البقرة : آية ٢٤١ •

(٤٢) سورة الاحزاب : آية ٢٨ •

(٤٣) المصنف للصنعانى ج ٧ ص ٦٨ •

الدليل الرابع : ان المرأة قد استحققت المهر في مقابلة بضعها وقد استوفى الزوج منه بضعها فتجب للايجاش (٤٤) • وهذا مايراه الشافعى •

الرأى الثانى :

ماذهب اليه الشافعى في القديم • حيث يرى القول بعدم استحقاقها للمتعة مطلقا •

حجة الشافعى :

احتج الشافعى للقول السابق بما يلى : —

١ — ان المدخول بها قد استحققت المهر وملكته • وفى ذلك غنى عن المتعة •

٢ — اذا كانت المطلقة لا تستحق المتعة مع الشطر فمع الكل أولى (٤٥) •

مناقشة رأى الشافعى :

نوقش رأى الشافعى من قبل الجمهور • فقالوا : ان جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع • فجلا الطلاق على الجبر بخلاف من وجب لها النصف • فان بضعها سلم • فكان الشطر جابرا للايجاش (٤٦) •

(٤٤) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٣٦٦ •

(٤٥) معنى المحتاج ج ٣ ص ٢٤١ •

(٤٦) معنى المحتاج • للشيخ محمد الشربىنى الخطيب ج ٣ ص ٢٤١ •
دار احياء التراث العربى •

وخلاصة القول نرى :

١ — أن جمهور الفقهاء • يرون وجوب المتعة المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها مهر • ولم يخالف هذا سوى الامام مالك رحمه الله حيث يرى جوازها • لا وجوبها •

٢ — ويرون أيضا عدم استحقاق المطلقة غير المدخول بها والتي سمي لها مهر للمتعة • وقد وافق هذا الامام مالك •

٣ — ويرون أيضا استحباب المتعة المطلقة المدخول بها عدى الامام أحمد فانه يرى وجوبها •

المطلب الثاني :

القدر المستحق من المتعة :

اختلف الفقهاء في القدر الذي تستحقه المتعة •

فالاحناف يقدرونه بدرع وخمار (٤٧) وملحفة (٤٨) • وهي لا تزيد على نصف مهر المثل • ولا تنقص عن خمسة دراهم • وقال فخر الاسلام اليزدوى : يزداد على هذا ازار ومكعب • وقد رد على هذا بأن الملحفة • هي الازار • الا أن يتغايرا كما في بعض البلاد العربية كالسعودية •

ونجاء في البدائع • أن أدنى ما تكتسى به وتشترطه عند الخروج

(٤٧) الخمار • هو ما تغطي به المرأة رأسها •

(٤٨) الملحفة • هي ما تلتحف به المرأة من قرننها الى قدمها •

• ثلاثة أثواب • وللعرف دور كبير في ذلك (٤٩) •

ويرى الاحناف أيضا • عدم جواز تقدير المتعة بالنقود • واستدلوا
بما يلي :

قول الله تبارك وتعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف » (٥٠) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

ان ذكر المتعة جاء بلفظ المتاع • والمتاع لا يتناول الدراهم • وقد
قال ابن عباس رضى الله عنه • المتعة • أرفعها خادم ثم نفقة (٥١) •

أما الشافعية فانهم يفرقون بين أمرين :

الامر الاول : أن يتم التقدير بتراضى الزوجين •

وفي هذه الحالة يجوز الاتفاق بين الزوجين دون تحديد ولا يمنع
التقدير بينهما أى قيد •

الامر الثانى : أن يفرضها القاضى المختص •

فاذا فرضت كذلك فانه يجب مراعاة ما يلي :

(٤٩) الدر المختار شرح تنوير الابصار • لمحمد امين الشهير بابن عابدين •
ج ٣ ص ١١٠ الطبعة الثانية • مكتبة الطبى بمصر • المبسوط • لشمس الدين
السرفس ج ٥ ص ٦٢ • الطبعة الثانية • مطبعة دار المعرفة للطباعة
والنشر • بيروت •

(٥٠) سورة البقرة : آية ٢٤١ •

(٥١) تفسير القرطبى • الجامع لاحكام القرآن ج ٣ ص ٣٠٠ • لابی
عبد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبى • الطبعة الثالثة •

أولا : ألا تنقص المتعة عن ثلاثين درهما استحبابا •

ثانيا : يسن ألا تبلغ نصف مهر المثل • وإن جاوز ذلك جاز لإطلاق قوله تعالى : « ومتعوهن » •

وإن تنازعا قدرها القاضي حسب ظروف الحال أمامه (٥٢) •

تقدير المتعة بالنقود عند الشافعية

يرى الشافعية جواز تقدير المتعة بالنقود • وذلك لأن الحاجة إلى النقود أعم وأشمل • ولأن الأذواق عند النساء تختلف •

وهذا قول يتوافق مع هذا الزمان وأعرافه •

أما الحنابلة : فلم يروى في تقدير المتعة أكثر من رواية •

فقد ورد عنهم • أن أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة تجزها لاداء فريضة الصلاة • وهو ما يتفق مع قول ابن عباس رضى الله عنه • وروى عن الامام أحمد • أنه يقدرها القاضي وروى عنه أيضا • هي بقدر نصف مهر المثل (٥٣) •

ومما سبق يتبين لنا • اتفاق جمهور الفقهاء على أن لا تزيد المتعة عن نصف المهر (مهر المثل) لأنها تقوم مقامه فإذا طلقت الزوجة ولم يسم لها مهر فتجب لها المتعة نيابة عن نصف مهر المثل • فيجب أن تقدر بقدره •

(٥٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٦٤ ، حاشية الجمل ج ٤ ص ٢٤٦ •

(٥٣) الفروع • للامام شمس الدين القدسي • أبى عبد الله محمد بن مفلح — المتوفى سنة ٧٦٣هـ ج ٥ ص ٢٩٠ • طبعة دار الكتب •

وكذلك لا يوجد ما يمنع من اتفاق الزوجين على أى قدر يروونه ويتراضيا عليه • وهذا ما أميل اليه وأرجحه • غلامان من أن يقوم الزوج لزوجته ما شاء من المتعة ولو زاد على نصف مهر المثل أو مهر المثل كله وذلك للأسباب الآتية :

أولا : أن الله تبارك وتعالى عندما أشار الى ذلك لم يحدد أو يقدر • بل ترك الأمر على إطلاقه لنا • فقال سبحانه « ومتعهن » •

ثانيا : ما روى على سويد بن غفله • قال : كانت عائشة بنت خليفة الخثعمية • عن الحسن بن على كرم الله وجهه وأبيه فلما أصيب على وبويع للحسن بالخلافة • دخل عليها • فقالت ليهنك الخلافة • فقال لها : أظهرين الشماتة بقتل على انطلقى فانت طالقة ثلاثا •

فتقنعت بسلع لها وجلست فى ناحية البيت • وقالت : أما والله ما أردت ما ذهبت اليه • فأقامت حتى انقضت عدتها ثم تحولت عنه فبعث اليها ببقية بقيت لها من صداق عليه وبمئة قدرها عشرة آلاف درهم • فلما جاءها الرسول بذلك قالت • متاع قليل من حبيب مفارق • فلما رجع الرسول الى الحسن وأخبره بما قالت • بكى الحسن بن على وقال : لولا أنى سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم • أو سمعت أبى يحدث عنه أنه قال : إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا عند الاقراء أو طلقها ثلاثة مبهمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعته (٥٤) •

يبين لنا هذا الاثر • أنه ليس للمتعة حد معين • وانما تتدخل فى تقديرها أشياء تتعلق بالعشرة الزوجية بين الزوجين وبطول المدة أو قصرها • فقد يرى الزوج أن ما يزيد على نصف مهر المثل ليس كافيا

لجبر خاطر مطلقته • فيريد تعويض وحشتها بالاغداق لها في المتعة •
فلا حرج في ذلك •

المطلب الثالث :

كيفية تقدير المتعة :

إذا حصل النزاع بين المطلق ومطلقته في القدر المستحق من المتعة
وترافعا الى القاضي فكيف يقدرها وأى الاحوال يعتبرها في التقدير ؟
هذا ما نوضحه فيما يلى :

يرى الاحناف والمالكية • أن المعتبر في التقدير هو حال الزوج •
وبه أخذ الامام أحمد وبعض الشافعية •

حجة هؤلاء الفقهاء :

قال تبارك وتعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره » فقد صرحت الآية الكريمة باعتبار حال الزوج من يسار
واعسار (٥٥) •

الرد على القول السابق :

ان قول الله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » فيه اشارة الى
اعتبار حالهن أيضا (٥٦) •

أما الكرخى — واحد من فقهاء المذهب الحنفى — فقد فصل
وقال : ان كانت المتعة مستحبة فالمعتبر حال الزوج • وان كانت واجبة

(٥٥) المبسوط للسرخى ج ٥ ص ٦٣ ، الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٩٠ ،
نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣٦٥ •
(٥٦) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣٦٥ •

فالمعتبر حال الزوجة • لأنها في الحالة الأخيرة تكون بدلا عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها وذلك قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر •

ويرى بعض الشافعية • أن المعتبر حال الزوجة • وبه أخذ الحنابلة في بعض الروايات عنهم (٥٧) •

حجة الشافعية :

احتج بعض الشافعية للقول باعتبار حال الزوجة فقالوا :

١ — ان المتعة كالبدل عن المهر • وهو معتبر بحالها وحدها فقط (٥٨) •

٢ — ويرى الخصاف • من فقهاء المذهب الحنفى • أن المعتبر هو حالهما معا • وهو قول راجح عند الشافعية والحنابلة •

وقد نص على ذلك فقال : ان كانا غنيين فلها الاعلى من الثياب وان كانا فقيرين فلها الادنى • وان كانا مختلفين فلها الوسط (٥٩) وهذا أرجح الاقوال عند الاحناف • وعليه الفتوى •

حجة هؤلاء الفقهاء :

احتج القائلون باعتبار حال الزوجين معا فقالوا :

١ — اننا لو اعتبرنا في تقديرها حال الزوج فقط فليس من المعروف الذى أمر الله به •

(٥٧) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٣٦٥ ، الفروع لابن مفلح ج ٥ ص ٢٩٠ •

(٥٨) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣٦٥ •

(٥٩) الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٣ ص ١١١ •

٢ — ان الزوج كما يختلف يسارا واعسارا تختلف المرأة في الرفع والادنى وليس من العدل أن تتساوى الحسية وغير الحسية في قدر المتعة في طلاقها قبل الدخول ولم يسم لها مهر • فهذا ليس من المتعارف بين الناس (١٠) وهذا ما نميل اليه لذات الاسباب السابقة •

المتعة المترتبة على التفريق بالعيب في القانون :

نصت المادة ١٨ مكررا أولا • من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للاحوال الشخصية :

« الزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الاقل • وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا • وظروف الطلاق ومدة الزوجية • ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط » •

الشرح :

قدر القانون المتعة بمقدار سنتين على الاقل • فوضع ضوابط لهذا التقدير يسترشد بها القاضي • وهذه الضوابط هي حال المطلق يسرا وعسرا • وظروف الطلاق • ومدة الزوجية •

والتقدير الوارد في النص السابق — للمتعة — هو الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه • وانما يجوز له — طبقا لضوابط

(٦٠) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٤٨٢ • مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤١ ، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٥٢ •

النص — أن يزيد عليه • وهذا يقتضى أن يكون بيد المطلقة حكم بفرض نفقة شهرية لها جائز تنفيذه • ويكون الحكم جائز التنفيذ في حالتين :

١ — إذا كان مشمولاً بالصيغة التنفيذية عملاً بالمادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية •

٢ — إذا كان قد مضى ميعاد استئناف الحكم (مادة ٣٤٤ من اللائحة المذكورة) •

أما الأحكام الواجبة التنفيذ مؤقتاً فهي أحكام لم تستقر بعد ولذلك لا تكون حجة أمام القاضى فى تقدير المتعة وان كانت قرينة يسترشد بها •

إذا نزل القاضى عند الحد الأدنى المحدد بالنص يكون قد أخطأ تطبيق القانون إذا لم يكن بيد المطلقة التى تستحق المتعة حكم بجائز تنفيذه • بغرض نفقة لها على مطلقها • فهل يجوز لها أن تلجأ الى المحكمة الابتدائية مباشرة طالبة الحكم لها بمتعة على مطلقها ؟

تقوم هذه الحالة اذا رغبت المطلقة عن طلب نفقة عدة لها واختارت المطالبة بالمتعة فقط • ونص المادة ١٨ مكرر لا يمنعها ذلك اذ مؤداه أن القانون قرر للمطلقة حقين :

أولهما : نفقة العدة التى تستحق لها بعد الطلاق •

ثانيهما : المتعة التى تستحق لها • بشروط استحقاقها وهى :

- ١ — أن تكون الزوجة مدخولاً بها دخولاً حقيقياً فى زواج صحيح •
- ٢ — أن يكون الطلاق قد وقع من المطلق بدون رضى زوجته وبلا سبب منها • واستحقاق الحقين (نفقة العدة ، نفقة المتعة) لا يمنع

المطلقة من التنازل عن أحدهما • فيجوز لها أن تتنازل عن نفقة المدة •
وتطالب مباشرة بالمتعة • وفي هذه الحالة تتولى المحكمة الابتدائية •

أولاً : تقدير النفقة الشهرية التي تتخذ أساساً لتقدير المتعة •
وهي تراعى في ذلك حال الزوج وقت الاستحقاق يسراً أو عسراً على ألا
تقل النفقة في حال المعسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية (٦١) •

ثانياً : تقدير المتعة على أساس النفقة التي قدرتها شهرياً للمطلقة
بشرط ألا تقل المتعة عن نفقة سنتين على الأقل • وقد وضع القانون
ضوابطاً للتقدير وهي :

١ — اشتراط عدم النزول عن نفقة سنتين • ويزاد تقدير المتعة
عن نفقة السنتين كلما رأى القاضي من ظروف الطلاق وطول المدة
الزوجية ما يستتبع زيادتها •

٢ — جواز سداد المتعة على أقساط • وله أن يطلب ذلك من القاضي
وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تصدر حكماً بالمتعة مع النص
في الحكم على سدادها على أقساط محددة • ويجوز للمطلق أن يطلب
التقسيط عند التنفيذ لعموم النص على ذلك • ولكن يتعين على المحضر
القائم بالتنفيذ أن يرجع إلى قاضي التنفيذ ليأمر بما يراه بشرط أن
تكون أقساط السداد وآجالها غير ضارة بصاحبة المتعة •

ولقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون بشأن تقرير المادة ١٨
مكرراً أولاً :

« لما كان من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج وكان القانون

القائم لا يوجب المتعة للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة الغدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يفرض بها .

وإذا قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج إذ انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة الى معونة أكثر من نفقة الغدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق . وفي المتعة ما يحقق المعونة وفي الوقت نفسه تمنع الكثير من التسرع في الطلاق .

وعند مناقشة هذه المادة بمجلس الشعب عقب السيد رئيس المجلس على ذلك بقوله .

لى كلمتان : الاولى تتعلق بطبيعة العصر الذي نعيش . وهو عصر يضمن لكل مواطن الحد الأدنى . حتى أن كل القوانين تعالج الحد الأدنى للمعيشة والحد الأدنى للأجور . ففيم التتكر فيما يتعلق بالزوجة لفكرة الحد الأدنى ؟ وهناك الأدنى للمعيشة والأجور . وتطالب الدولة في جميع قوانينها أن تحترم الحد الأدنى للأجور والمعيشة . فالغاء الحد الأدنى هنا تتكر لمنطق العدل . وكيل بكيلين وهذا لا يصح .

والثانية إذا سألتني سائل أن أخص له جوهر الاسلام الاجتماعي قللت له ان الاسلام دين التكافل الاجتماعي . فباسم التكافل الاجتماعي لابد أن ننظر للزوجة التي خدمت الزوج وطلقها من غير سبب يعود اليها ضعبوا أمام أعينكم وأنتم تصوتون أننا في عصر يحرص على الحد الأدنى للأجور والرواتب والمعيشة . وأنتم تشرعون باسم دين التكافل الاجتماعي . والله يوفقكم (٦٢) .

ملاحظاتنا على ما سبق :

١ — أن القانون تناول بيان المتعة المستحقة للمطلقة بعد الدخول فقط ولم يشر من قريب أو بعيد الى ما يلزم اتخاذه بخصوص المطلقة قبل الدخول في عقد لم يسم فيه مهر • وهى التى عنى بها فقهاء الشريعة الاسلامية فأوجبوا لها المتعة عوضا عما لم يسم في العقد من مهر • ويطلق عليها « المفوضة » •

٢ — ان الاساس الذى بنى عليه المشرع تقريره للمادة ١٨ مكرر أولا :

— وهو احتياج الزوجة لمعونة أكثر — أساس غير سليم • ولا يصح الرجوع الى مثله في اعداد التشريعات القانونية •

لان ما تحصل عليه الزوجة من مال يقدم لها — في فترة الخطوبة — على هيئة شبكة • وما يقضى لها به من مهر يصل في كثير من الاحيان أعلى درجات المغالة كفيل باعانة الزوجة المطلقة على نتائج الطلاق وتوفير الحياة الكريمة لها •

هذا فضلا عما يعود عليها من دخل ثابت مقابل ما تقوم به من عمل في وظيفة عامة أو خاصة • قد يكون للزوج الفضل في حصولها عليها •

٣ — ان الشارع الحكيم أعلم بصلاحيه الاحكام الشرعية لمن شرعت لهم • فلا يصح الاختيار والمفاضلة بينها وبين ما يضعه البشر •

٤ — ان الزواج ليس عقد عمل بين الزوج والزوجة يلتزم الاول بمقتضاه المحافظة على الحد الأدنى للاجور • وانما هو رباط مقدس أساسه المودة والرحمة •

وما يقال بشأن التكافل الاجتماعي فهذا أمر قد جعل الشارع الحكيم له وسائل أخرى تكفل تحقيقه بين المسلمين قاطبة •

فكان حرياً بالسيد رئيس المجلس ألا يخلط بين الحكم الشرعي والحكمة من تقرير الشارع له •

وجوهر الاسلام أعمق من أن يلخضه غير ذوى الشأن فيه • في كلمة أو كلمتين •

المبحث الثالث

حق الزوج في الرجوع بالمهر على من غره

إذا تم التفريق بين الزوجين بالعيب وحصلت الزوجة على مهرها الذي لم تكن تستحقه نتيجة تدليسها على الزوج بالعيب فهل يحق للزوج أن يرجع بالمهر ؟ وإن صح جواز الرجوع به فعلى من يرجع ؟
الاجابة عن ذلك في المطالب التالية •

المطلب الاول :

آراء الفقهاء في حق الزوج بالمهر على الفار •

للفقهاء في هذه المسألة أكثر من رأى • نعرض فيما يلى :

الرأى الاول :

يرى جواز الرجوع بالمهر على الفار • وأصحاب هذا الرأى الامام مالك والشافعى وقول صحيح عند الحنابلة • يرجحه ما ورد عن الامام أحمد قوله • قال : كنت اذهب الى قول على فهبته فملت الى قول عمر • اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا • فان لها صداقها بمسببه اياها •

• ووليها ضامن لأصداق (٦٣) •

حجة اصحاب هذا الراى :

احتج القائلون بجواز الرجوع بالمهر على الفار بما يلى :

أولا : قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أيما رجل تزوج امرأة بها جنون • أو جذام • أو برص • فمسخها فلها صداقها وذلك لزواجها غرم على وليها (٦٤) •

الرد على هذا القول :

رد على القول السابق بما يلى :

أنه يلزم من جواز الرد الجمع بين العوض والمعوض • وهو ممنوع (٦٥) •

هذا وقد اشترط القائلون بجواز الرجوع بالمهر على الفار الشروط التالية :

-
- (٦٣) الشرح الكبير • لشمس الدين القنسى مع المغنى ج ٧ ص ٥٨٢ — ٥٨٤ ، المغنى لموفق الدين بن قدامة ص ٥٨٥ • طبعة دار الكتاب العربى ، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس الاصبهى • ج ٣ ص ٤٩٢ الطبعة الوحيدة بالاونست ، حاشية الدسوقي • للشيخ محمد عرفة ج ٢ ص ٢٥٥ • دار احياء الكتب العربية ، مغنى المحتاج • للشيخ الشربىنى الخطيب ج ٣ ص ٢٠٥ • طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م ، نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١٤ طبعة ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م ، تصحيح الفروع • للإمام علاء الدين المرزاوى الصالحى الحنبلى ج ٥ ص ٢٤٠ طبعة عالم الكتب •
- (٦٤) - مونسوعة فقه عمر بن الخطاب • للدكتور محمد زواى قلنجى نص ٤٨٥ طبعة مكتبة الفلاح •
- (٦٥) - نهاية المحتاج • لابن شهاب الدين الزملى • ج ٦ ص ٣١٤ طبعة ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م •

- ١ — الشرط الاول : أن يكون الولي مخالطا لها •
 - ٢ — الشرط الثانى : أن يكون مطلعا على العيب •
 - ٣ — الشرط الثالث : أن يكون من عصباتها •
 - ٤ — الشرط الرابع : أن تكون الزوجة حاضرة حتى يحق الرجوع عليها • ذلك ما اشترطه المالكية •
- أما الشافعية فلهم شرطان •

- ١ — الشرط الاول : أن يتصل التعزيز بالعقد عرفا •
- ٢ — الشرط الثانى : أن يكون العيب مقارنا • أما ابن تيمية فقد اشترط بلوغ المرأة وقت العقد • حتى يوجد تحريم محرم (٦٦) •

الرأى الثانى :

وهو للامام على كرم الله وجهه • وأبى حنيفة • والشافعى فى الجديد • وفيه يرون عدم جواز رجوع الزوج بشىء من المهر مطلقا (٦٧) •

حجة اصحاب هذا الرأى :

احتج أصحاب هذا الرأى بما يلى :

- ١ — أن الزوج ضمن ما استوفى بدله • وهو الوطاء • فلا يرجع

(٦٦) الاقناع • لشيخ الاسلام • أبى النجا شرف الدين موسى الحجاوى ج ٣ ص ٢٠١ الطبعة المصرية بالازهر •

(٦٧) الشرح الكبير • لشمس الدين القدسى مطبوع مع المغنى لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٢ — ٥٨٤ • طبعة ١٢٩٢هـ — ١٩٧٢م • دار الكتاب العربى • حاشية الجمل على شرح المنهج • للشيخ زكريا الانصارى ج ٤ ص ٢٢٣ طبعة دار احياء التراث العربى •

بالمهر على من غره (٦٨) •

الترجيح:

بعد عرض ما قيل في هذه المسألة • فانتنا نميل الى الاخذ بما
قال به أصحاب الرأي الثانى • من عدم جواز الرجوع مطلقا • وذلك
لما يأتى :

أولا : اذا كان أصحاب الرأي الاول قد استندوا الى قول عمر بن
الخطاب رضى الله عنه • فانه قد ورد عنه أيضا • القول بعدم جواز
الرجوع على الفار مطلقا (٦٩) والدليل الذى وصل الى حد التضارب
سقط العمل به •

ثانيا : ان الامام على كرم الله وجهه • هو أول من آمن بالرسول
الكريم من شباب الدنيا • وأكثر الصحابة ملازمة للرسول صلى الله
عليه وسلم • هذا فضلا عن غزارة علمه • وقوة حجته وسعة آفقه •
فهو أعلم من غيره بأمور الدين • فلذا كان قوله أولى بالاعتبار من
قول غيره •

ثالثا : للعرف دور هام في هذه الامور • وقد تعارف الناس على
عدم جواز الرجوع بشئ من المهر • ولم نسمع أن حدث هذا مطلقا •

المطلب الثانى :

حق الرجوع على الولى القريب :

(٦٨) نفس مراجع رقم ٦٧ •

(٦٩) الكافى • لابی محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى ج ١٦
ص ٦٣ المكتب الاسلامى طبعة ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م •

الولى هو الذى يتولى أمر المرأة • ويصرف شئونها بما فى ذلك عقد النكاح • والولى نوعان :

١ — النوع الاول : ولى بعيد •

٢ — النوع الثانى : ولى قريب • وهذا هو محل البحث فى هذا المطلب •

التعريف بالولى القريب :

الولى القريب • هو الذى يكون مخالطاً للمرأة • بحيث يمكنه العنم بالعيب الموجود بها • وذلك مثل : الابن — والاب — والاخ • فاذا باشر أحد هؤلاء عقد الزواج نيابة عن المرأة المعيبة فلا يخلو هذا من امرين :

الامر الاول : أن يكون هذا الولى عالماً بالغيب وأخفاه عن الزوج • ففي هذه الحالة يكون غارماً للمهر اتفاقاً — وذلك لانه وجد منه التفرير بالزواج • والتدليس عليه باخفاءه العيب وعدم اطلاع الزوج عليه قبلها • الاقدام على العقد (٧٠) •

(٧٠) شرح منح الجليل • للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٩٠ • مكتبة النجاح بليبيا ، جواهر الاكليل • للشيخ صالح عبد السميع الازهرى ج ١ ص ٣٠١ — ٣٠٢ ، الكافى • لابی محمد موفق الدين بن قدامة المقدسى ج ١٦ ص ٢٥٥ طبعة دار احياء الكتب العربية ، مغنى المحتاج • للشيخ محمد الشربيني الخطيب ج ٣ ص ٢٠٥ طبعة ١٣٧٧هـ — ١٩٥٨م دار احياء التراث العربى ، شرح منتهى الارادات • للبهوتى ج ٣ ص ٥٢ • صورة من نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الازهرية ، الشرح الكبير • ج ٧ ص ٢٥٨٣ ، المغنى • لموفق الدين بن قدامة ج ٧ ص ٥٨٧ • طبعة ١٣٩٢هـ — ١٩٧٢م دار الكتاب العربى •

الامر الثانى : أن يكون الولى القريب غير عالم بما فى المرأة من عيوب • وفى ذلك قولان :

القول الاول : أن الولى اذا لم يتوفر له العلم بعيب المرأة بأن كان غائبا • أى غير مخالط لها • فانه لا يغرم شيئا من المهر • ولا يحق للزوج الرجوع عليه •

ويرجع الزوج على المرأة • لان التغرير من جهتها (٧١) •

القول الثانى : أنه يحق للزوج الرجوع على الولى القريب علم أم لم يعلم • وذلك لان الولى القريب كالابن والاب والاخ لا يخفى عليهم فى الغالب ما بالمرأة من عيوب (٧٢) •

الرد على القول السابق :

نرد على القول السابق الذى يرى عدم خفاء عيب المرأة عن الولى القريب قول جانبه الصواب •

لان عيوب الفرج لا اطلاع للولى عليها • وليس فى كل الاحوال يكون هؤلاء على علم بعيب المرأة •

فقد يوجد بها من العيوب ما لا يستطيع الاطلاع عليه أحد من المخالطين لها • وقد لا يعرف ذلك ويظل خافيا حتى لحظة الجماع كالعفل

(٧١) الشرح الكبير للمقدسى ج ٧ ص ٥٨٣ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٥ •

(٧٢) الشرح الكبير للمقدسى ج ٧ ص ٥٨٤ •

والعذطة • وغير ذلك من عيوب الفرج الأخرى • فضلا عن أن التقاليد الإسلامية تأبى أن ينظر الأولياء إلى مثل هذه المواضع من جسم المرأة •

يؤيدنا ما ذهب إليه صاحب الشرح الكبير حيث قال : ان عيوب الفرج لا اطلاع للولى عليها • ولا يحل له رؤيتها • وكذلك العيوب تحت الثياب • فصار كمن لا يراها • الا الجنون فانه لا يكاد يخفى •

المراد بغيبة الولى :

بين الملكية معنى الغيبة • فقالوا :

الغيبة • هى عدم المخالطة بحيث يخفى على الرجل عيوب المرأة وليس المراد بالغيبة • السفر • لانه لو كان المراد بها السفر لكان الولى ضامنا بحضوره فى البلد علم بالعيب أم لم يعلم • وقالوا :

إذا رجع الزوج على الولى القريب الذى لا يخفى عليه أمرها فلا شئ على الزوجة حتى وان أعدم الولى الذى لا يخفى عليه • ولكن ابن حبيب يرى أنه اذا أعدم الولى رجع الزوج على الزوجة • وقبل الرجوع على الولى فالزوج بالخيار • ان شاء رجع على الولى • فأخذ منه تمام المهر • وان شاء رجع على الزوجة • فأخذ منها الا ربع دينار (٧٣) •

المطلب الثالث :

حق الزوج فى الرجوع على الولى البعيد •

إذا أعدم الولى القريب كالابن • والاب • والاخ • وتولى عقد النكاح نيابة عن المرأة ولى بعيد كالعم وابن العم أو أحد أقربائها من

العائلة • أو الحاكم الذى يقع موطنها فى دائرة ولايته • فلا يخلو هذا الحال من أمرين :

الامر الاول :

أن يكون هؤلاء على علم بعيب المرأة • وقاموا باخفاءه عمدا عن الزوج •

ففى هذه الحالة • لا يحق للزوج الرجوع على الولى البعيد • مثله مثل الولى القريب • فيرجع عليه الزوج بالصداق • الا ربع دينار • ولا يرجع على الزوجة (٧٤) •

الامر الثانى :

أن يكون الولى البعيد غير عالم بعيب المرأة التى تولى عقد نكاحها نيابة عنها — وهذا هو الغالب — ففى هذه الحالة • لا يحق للزوج الرجوع عليه بشئ من المهر • ولكن هل يجوز له الرجوع على الزوجة •

رجوع الزوج على الزوجة مقيد فى حالات معينة بيانها كالتالى :

الحالة الاولى : اذا كان الولى القريب غائبا • أى غير مخالط لها • بحيث يخفى عليه عيبها • فيكون الرجوع حينئذ على الزوجة بجميع المهر الا ربع دينار يتركه لها • لتلا يخلو البضع عن العوض (٧٥) •

(٧٤) مواهب الجليل • لابی عبد الله المغربى المعروف بالحطاب • ج ٣ ص ٤٩٧ ، جواهر الاكليل • للشيخ صالح الازهرى ج ١ ص ٣٠٢ • دار احياء الكتب العربية •

(٧٥) حاشية الدسوقى • للشيخ محمد عرفة الدسوقى • ج ٢ ص ٢٥٥ • طبعة دار احياء الكتب العربية ، الشرح الكبير • لشمس الدين المقدسى • ج ٧ ص ٥٨٣ طبعة ١٣٩٢ هـ •

الحالة الثانية : اذا حضرت المرأة عقد الزواج بجانب الولي القريب فيحق للزوج أن يرجع عليها بالمهر • اذ لا حجة لها • وقد حضرت العقد بنفسها فسكوتها على العيب تدليس منها به • واذا أخذه منها فلا يجوز لها أن ترجع بدورها على الولي • لانها باشرت اتلافه (٧٦) •

الحالة الثالثة : يحق للزوج الرجوع على الزوجة فقط اذا كان الذي زوجها وليا بعيدا كابن العم أو الحاكم أو غيرهما • فيرجع الزوج على الزوجة بجميع الصداق الا ربع دينار (٧٧) •

واذا زوجها الولي البعيد بحضورها وكتمان العيب فالزوج مخير بالرجوع على أى منهما لكتمانها العيب (٧٨) •

تلك هي الحالات التي يحق للزوج فيها الرجوع بالمهر على الزوجة •

حكم الرجوع على الولي العام

الولي العام • هو الذي يتولى شئون المرأة بموجب عقد يبرم بينها وبينه • كعقد الوكالة أو يكون ممن له ولاية على المسلمين فيتولى عقد

(٧٦) شرح منح الجليل للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٩٠ مكتبة النجاح بليبيا ، جواهر الاكليل . للشيخ عبد السميع الازهرى ج ١ ص ٣٠٢ • دار احياء الكتب العربية .

(٧٧) حاشية الدسوقي . للشيخ محمد عرفة ج ٢ ص ٢٥٥ • دار الفكر ، جواهر الاكليل للشيخ صالح عبد السميع الازهرى ج ١ ص ٣٠٢ • دار احياء الكتب العربية ، الشرح الكبير . لشمس الدين المقدسى مطبوع مع المغنى ج ٧ ص ٥٨٤ • طبعة بالاوفست دار الكتاب العربى .

(٧٨) شرح منح الجليل . للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٩١ • مكتبة النجاح بليبيا .

الزواج بموجب هذه الولاية • فإذا حدث وتولى هذا الولي عقد الزواج نيابة عن المرأة المعيبة وحصل منه غرور للزوج رجع عليه بالصداق • هذا وقد استثنى الفقهاء حالة ما إذا أخبر هذا الولي الزوج بأنه غير ولي خاص للمرأة وإنما يعقد لها بولاية الاسلام العامة والتوكيل منها له فلا يرجع عليه ولا عليها • وكذلك إذا كان الزوج يعلم بهذا دون أن يخبره الولي العام • إذا لم يقل له أنا أضمن لك أنها ليست معيبة فإذا صدر منه هذا الضمان رجع الزوج عليه لأنه ضمن ذلك (٧٩) •

وانما نرى بخصوص ما استثناه الفقهاء عدم حمل هذا الاستثناء على اطلاقه • بمعنى أن الولي العام إذا تولى عقد الزواج بناء على عقد وكالة أبرم بينه وبين المرأة • وكان هذا الوكيل يعلم بوجود عيب في المرأة وأخفاه عن الزوج حين عقد الزواج فإنه لا يعفى من الرجوع عليه حتى وإن أخبر الزوج أنه يتولى عقد الزواج نيابة عن المرأة • بموجب عقد وكالة فلا يعفيه التصريح بذلك من جزاء اخفائه عيب موكلته فيجب عليه أن ينصح الزوج بعيب موكلته حيث أن الدين النصيحة • فمن تسبب في اتلاف شيء • أيا كانت وسيلة الاتلاف • فعليه ضمانه (كل هذا يقيد رغبة الولي في الايقاع بالزوج وتبين سوء النية والقصد)

حكم الغرور القولي :

الغرور القولي : هو الغرور الحاصل من الولي للزوج بالقول فقط بحيث يخلو منه عنصر الضمان •

وهذا النوع من الغرور لا يحقق فيه للزوج الرجوع على الولي به •

(٧٩) شرح منح الجليل للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٩٢ • مكتبة النجاح بليبيا • حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٦ دار الفكر •

وذلك لان الزوج مفرط في البحث عن الزوجة في هذه الحالة • فكان يجب عليه أن يحتاط لمثل هذا الامر (٨٠) •

وبخصوص الغرور القولى • فانتنا نرى جواز الرجوع للزوج على من صدر منه الغرور القولى بشرط أن يكون هذا القول الذى صدر من الولى باعث على اقدائم الزوج على الاقتتران بهذه المرأة بحيث يكون لولاه ما رغب فيها • فحينئذ يكون ضامنا لما غرم الزوج • وأن يقصد الولى • عن سوء نية • تورط الزوج نكاية فيه لشيء ما قد يكون بالنفس •

هل يجوز للولى كتمان بعض العيوب الخاصة بالمرأة :

إذا كان مما يجب على الولى • منعا للفحش أو التدليس • أن لا يخفى شيئاً من عيوب المرأة التى يلى أمرها • فإنه فى بعض الاحوال يكون من الواجب عليه أيضا أن يكتم بعض العيوب الخاصة بالمرأة • بناء على ما قال به الفقهاء حيث ورد عنهم قولهم •

يجب على الولى أن يكتم عيب الخنا بالمرأة • وهو الفحش من الفعل كالزنا والسرقة ونحوهما • فقد ورد عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى مصنف الصنعانى : أن رجلاً جاء اليه فقال له يا أمير المؤمنين وأدت ابنة لى فى الجاهلية فأدركتها قبل أن تموت فاستخرجتها • ثم انها أدركت الاسلام معنا فحسن اسلامها • وأنها أصابت حداً من حدود الاسلام • فلم نفاقبها الا وقد أخذت السكين تذبح نفسها فاستفقتها وقد خرجت نفسها • فداويتها حتى برأ كلمها • فأقبلت اقبالا حسنا وانها خطبت الى • أفأذكر ما كان منها ؟ فقال عمر : هاه • لان فعلت

(٨٠) نفس المرجع السابق ، شرح منح الجليل للشيخ محمد عيش ج ٢

لا عاقبتك عقوبة يسمع بها أهل الامصار • أنكحها نكاح العفيفة المسلمة (٨١) • ولا يفهم من هذه القصة عدم اقامة حد الاسلام عليها بما اقترفت • بل يقام الحد وترد لنفس الزوج اذا كان لم يدخل بها • ويؤيد ما قلناه ما جاء في مصنف الصنعاني أيضا • من أن امرأة فجرت على عهد على كرم الله وجهه وقد زوجت ولم يدخل بها • قال : فأتى بها الى على كرم الله وجهه • فجلدها مائة ونفاها سنة الى نهري كربلاء • ثم رجعت فردها على زوجها بنكاحها الاول (٨٢) •

وظاهر ذلك أنه يجب الستر ولو اشترط الزوج السلامة منه •

والذي ينبغي حينئذ كتمه للستر ومنع الخاطب من تزويجها • بأن يقال له هي لا تصلح لك • بدون تصريح منه بالعيب • لان الدين النصيحة (٨٣) • وفضلا عما يجب على الولي كتمانها فان هناك من العيوب ما يجوز له كتمانها جوازا • وذلك مثل القرع والعمى والاقعاد والسواد الا اذا شرط الزوج السلامة منه • لان النكاح مبني على المكارمة (٨٤) •

المطلب الرابع :

الاختلاف في علم الولي :

اذا ادعى الزوج علم الولي بالعيب ثم دفع الولي بهذا الادعاء بالانكار • فأننا في هذه الحالة يجب أن نفرق بين أمرين :

(٨١) المصنف • لابي بكر عبد الرزاق الصنعاني • ج ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ •

(٨٢) نفس المرجع السابق • ص ٤٨ •

(٨٣) شرح منج الجليل • للشيخ محمد عيش ج ٢ ص ٩٦ ، جواهر الاكليل للشيخ صالح الازهرى ج ١ ص ٣٠٤ •

(٨٤) نفس المرجعين السابقين •

الامر الاول :

• أن يكون الولي قريبا •

فاذا كان الولي الذي ادعى عليه الزوج العلم بالعيب قريبا للمرأة
فاما أن تشهد عليه بيعة بالاقرار بالعلم أو لا •

١ — فاذا شهدت عليه بيعة • كأن يشهد اثنان بأنه كان يعلم
بالعيب قبل اجراء عقد الزواج • ففي هذه الحالة • يحق للزوج الرجوع
عليه بجميع المهر •

٢ — واذا لم تشهد عليه بيعة • فالقول قوله • أى الولي مع
يمينه (٨٥) •

٣ — وقيل ان علم الولي غريم • والا استحلف بالله أنه ما علم •

الامر الثانى :

• أن يكون الولي بعيدا •

فاذا كان الذى تولى العقد نيابة عن المرأة وليا بعيدا • وادعى
الزوج علمه بالعيب الموجود بالمرأة وأنكر الولي البعيد • فقال الامام
محمد : يحلفه • فان نكل حلف الزوج أنه علم وغره فان نكل الزوج
فلا شيء على الولي • ولا على الزوجة • وقد سقطت تباعته عنها •
بدعواه على الولي •

٢ — وقال ابن حبيب : ان نكل الزوج رجع على المرأة وهو أصوب •

• لان نكول الزوج بعد نكول الولي بمنزلة خلف الولي (٨٦) •

٣ — وقال ابن عرفة : اذا نكل الولي عن اليمين رجع الزوج على الزوجة على المختار • ولا يحلف الزوج (٨٧) •

٤ — ويرى الامام مالك رحمه الله • أن الولي البعيد اذا أنكر علمه بالعيب ولم تقم البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه • ويرجع على المرأة بجميع الصداق (٨٨) •

هذا اذا تم الدخول والفسخ بالعيب • ولكن أحيانا قد يحدث أن يتم الفسخ قبل الدخول والعلم بالعيب • أو يموت أحد الزوجين قبل علم الزوج الآخر بالعيب في صاحبه أو يكون الطلاق بينهما على مال يأخذه الزوج •

فما حكم الرجوع بالمهر من قبل الزوج في هذه الحالات ؟ وللإجابة على ذلك نقول :

أنه اذا تم الطلاق بين الزوجين قبل الدخول والعلم بالعيب • فان الزوج لا يحق له الرجوع بشيء من نصف المهر • وذلك لانه رضى بالتزامه به فلم يرجع به على أحد •

(٨٦) حاشية الدسوقي • للشيخ محمد عرفة الدسوقي • ج ٢ ص ٢٥٦ •
دار احياء الكتب العربية ، شرح الجليل للشيخ محمد عlish • ج ٢ ص ٩١ • مكتبة النجاح بليبيا •

(٨٧) مواهب الجليل • لابن يوسف المغربي • المعروف بالحطاب ج ٣ ص ٤٩٧ •

(٨٨) الشرح الكبير لشمس الدين المقدسي • مطبوع مع المغنى • لابن قدامة • ج ٧ ص ٥٨٤ • طبعة بالاونست عام ١٢٩٢هـ — ١٩٧٢م • دار الكتاب العربي — بيروت •

وإذا مات أحد الزوجين قبل العلم بالعيب • فلها الصداق كاملاً
ولا يرجع الزوج به على أحد •

لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد • وهنا استقر الصداق
بالموت فلا يرجع به •

ولا يحق لورثة الميت من الزوجين فسخ النكاح واستقاط الارث (٨٩) •

وأما إذا تم الطلاق بين الزوجين على مال قام أحدهما بدفعه للآخر
فهل يستحق أن يسترد ما دفع إذا تبين له وجود عيب ؟

(أ) يرى ابن القاسم أن كل نكاح لاحد الزوجين امضاءه أو
فسخه فإذا خالفها الزوج على مال أخذه منها فالطلاق يلزمه • ويحل
له ما أخذ منها • ولا عبرة بما ظهر من العيوب بأيهما • فالطلاق أو
الخلع على كلا الحالين •

(ب) وقال عبد الملك أحد فقهاء المالكية • إذا ظهر العيب بالزوج
رد ما أخذ • لأنها كانت مالكة لفراقه وقد اعتمد الاجهور قبول
عبد الملك (٩٠) •

هذا ولم يرد في القانون ما يشير الى هذه المسألة وموقفه منها •
وهذا تصور واضح •

(٨٩) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٥٨٨ ، شرح منيع الجليل ج ٢ ص ٩٥ •

(٩٠) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٥٦ •

المبحث الرابع

الاحكام المتعلقة بنفقة المطلقة

- من الامور التى تترتب على التفريق بين الزوجين بالعيب النفقة .
- وهى تختلف من حالة الى أخرى حسب الحالة التى تكون عليها المطلقة .
- فهى اما أن تكون حاملا أو حائلا « أى غير حامل » وفى كلا الامرين يختلف الحال .

وفى المطلبين التاليين نتعرض لكل ما يتعلق بهذا المبحث .

المطلب الاول :

استحقاق المطلقة غير الحامل للنفقة .

- اختلف الفقهاء فى هذه المسألة وتباينت آراءهم فيها . واطمأنا
- للفائدة . نعرض هذه الآراء — كما وردت — فيما يلى :

الرأى الاول :

يرى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز وأهل الرأى وجوب النفقة (٩١) للمطلقة غير الحامل (٩٢) .

(٩١) النفقة تجمع نفقات . وتجمع على نفاق كثيرة وثمار . وشرعا : كفاية من يمونه خبزا أو كسوة .

وأصل النفقة الاخراج . من النافقاء . وهو مكان يجعله الضب فى مؤخرة الجحر يعده للخروج اذا أتى من بابه رفعه برأسه وخرج ومنه سبى النفاق . لانه خروج من الايمان . . أو خروج الايمان من القلب .

وقيل مشتقة من النفوق وهو الهلاك . وحمل النفقة على المعنى الاول وهو الاخراج أصح . لان الزوج يخرج من ماله ما ينفقه على زوجته وكذلك النفقة على الفقراء . انظر فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٨ .

(٩٢) شرح العنلية على الهداية ج ٤ ص ٣٧٨ ، منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٦ ص ٣٠ ، المختصر النافع ص ١١٥ — ٢٠٢ .

حجة هذا الراى :

أولا : الاحتجاج من القرآن الكريم :

قول الله تبارك وتعالى « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحضوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » (١٣) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى أمر بعدم اخراجهن • لان ذلك يقتضى أن يكون لهن حق على الأزواج •

ويقتضى قوله تعالى — ولا يخرجن — أنه حق على الزوجات •

ونهى الله تعالى عن الخروج هو لحق الزوج الا لضرورة • وذلك صيانة لماء الزوج • وهذا معنى اضافة البيوت اليهن •

وما دامت الزوجة محبوسة لصيانة ماء الرجل فيجب عليه النفقة (١٤) •

ثانيا : الاستدلال العقلى :

١ — أن النفقة جزاء الاحتباس والاحتباس قائم فى حق البائن غير الحامل فى مدة العدة فتجب لها النفقة فى تلك المدة جزاء الاحتباس • وكانت بمنزلة الزوجة التى لم تطلق (١٥) •

(١٣) سورة الطلاق آية رقم ١

(١٤) انظر تفسير القرطبى الجامع لاحكام القرآن ج ١٨ ص ١٤٨ •

(١٥) المرجع السابق ص ١٥٤ — ١٥٥ •

٢ — ان النفقة والسكنى كل منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح •
وكما استحققت السكنى فكذا النفقة • ثم أنه باستحقاق السكنى يتبين
بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت فى العدة •

وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك
اليـد (٩٦) •

الرأى الثانى :

يرى ابن عباس والمالكية والشافعية والحنابلة عدم استحقاق
المطلقة البائن غير الحامل للنفقة (٩٧) وبه أخذ عطاء وأبو ثور وابن أبى
ليلى والأوزاعى والحسن البصرى وداود الظاهرى والامامية (٩٨) •

حجة هذا الرأى :

أولا : الاحتجاج من القرآن الكريم :

احتجوا بقوله تعالى : « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى
بضعن حملهن » (٩٩) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

يدل مفهوم هذه الآية الكريمة على أن غير الحامل لا نفقة لها وبالإ
لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة •

(٩٦) المبسوط للرخسى ج ٥ ص ٢٠٢ •

(٩٧) شرح منح الجليل ج ٢ ص ٤٤٠ ، حاشية النسوقى ج ٢ ص
١٥٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٥ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٢٤٨ ،
المختصر النافع ص ١٩٥ •

(٩٨) المختصر النافع ص ١٩٥ •

(٩٩) سورة الطلاق آية ٦

وقال بعض المفسرين ان الله تعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة • فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل • فدل ذلك على أن البائن غير الحامل لا نفقة لها (١٠٠) •

وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى : ان تعليق الحكم بالشرط في الآية السابقة • كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدمه •

الرد على قول الشافعي هذا

رد الاحناف على قول الشافعي السابق • فقالوا : ان تعليق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط • لان مفهوم النص ليس بحجة • ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط بعله أخرى وذلك مثل من قال لعبدته : أنت حر اذا جاء رأس الشهر • ثم قال : أنت حر غدا • يبقى التعليق صحيحا حتى لو أزاله من ملكه اليوم فمضى الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر • يعتق • ولو بقى في ملكه حتى الغد يعتق أيضا •

كيف وقد قال : أسكنوهن من وجدكم • وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه • أسكنوهن من حيث سكنتم • وأنفقوا عليهن من وجدكم • وقراءته لا بد أن يكون سمعها من رسول الله صلى الله عليه وسلم • فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة • أما قوله تعالى : « وان كن أولات حمل » فهو لازالة اشكال كان عسى أن يقع • فان مدة الحمل تطول عادة • فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طال ؟ فأزال الله تعالى هذا الاشكال • بقوله

حتى يضعن حملهن (١٠١) •

ثانيا : الاحتجاج من السنة النبوية :

احتجوا من السنة النبوية المشرفة • بما ورد في حديث فاطمة (١٠٢)
بنت قيس من أن زوجها طلقها البتة وهو غائب • فأرسل اليها وكيله
بشعر فسخطته فقال : والله مالك علينا من سبيل • فجاءت الى رسول
الله (ص) فقال لها ليس لك نفقة (١٠٣) وأمرها أن تعد في بيت أم شريك (١٠٤)

(١٠١) المبسوط • لشمس الدين السرخسي ج ٥ ص ٢٠٢ • طبعة ثانية.
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت •

(١٠٢) فاطمة بنت قيس الفهرية • إحدى المهاجرات وأخت الضحاك •
كانت تحت أبي عمر بن المغيرة المخزومي • فطلقها فخطبها معاوية بن أبي
سفيان • وأبو جهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم • فأشار عليها
بأسامة بن زيد • فتزوجت به • توفيت في خلافة معاوية • وحديثها في
الدواوين كلها • أنظر سير أعلام النبلاء لشمس الدين بن أحمد الذهبي ج ٢
ص ٣١٩ طبعة أولى • توزيع مؤسسة الرسالة •

(١٠٣) صحيح مسلم ج ١ ص ٩٤ — ٩٥ باب المطلقة البائن لا نفقة
لها •

(١٠٤) أم شريك : هي إحدى نساء قريش • كانت تحت العسكر
الدوس فأسلمت ثم جعلت تدخل على نساء قريش سرا فتدعوهم الى الاسلام
حتى ظهر أمرها لاهل مكة • فأخذوها وقالوا لولا قوئك لفعلنا بك كذا وكذا •
ولكننا سنردك اليهم • قالت فحملوني على بعير ليس تحتي شيء موطأ ولا
غيره ثم تركوني ثلاثا لا يطعمونني ولا يسقونني • قالت : فنزلوا منزلا •
وكانوا اذا نزلوا منزلا أوثقوني في الشمس واستظلوا هم منها وحبسوا
عني الطعام والشراب • فلا تزال تلك حالتي حتى يرتحلوا • قالت : فبينما
هم قد نزلوا منزلا وأوثقوني في الشمس واستظلوا منها اذا أنا بأبرد شيء
على صدرى فتناولته فاذا هو دلو من ماء فشربت منه قليلا ثم نزع غرغرة ثم
عاد فتناولته فشربت منه ثم رفع الى السماء • قالت : فصنع بي مرارا ثم

ثم قال تلك امرأة يغشاها (١٠٥) أصحابي • اعتدى عبد ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين عنده ثيابك • فاذا حلت فآذنيني • قالت : فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطبانى • فقال رسول الله (ص) أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه (١٠٦) وأما معاوية بن أبي سفيان فصعلوك لا مال له • انكحى أسامة بن زيد • فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به (١٠٧) •

مناقشة هذا الخبر :

لم يسلم الخبر السابق من المناقشة حيث وردت عليه ردود وطعون كثيرة نتعرض فيما يلى لذكر أهمها •

١ — أن خبر الواحد لى يعمل لابد له من الشروط التالية :

(أ) أن يكون الخبر غير مطعون فيه •

نزل فشربت منه حتى رويت ثم افضت الباقي منه على جسدى وثيابى • فلما استيقظوا اذا هم بأثر الماء وراونى حسنة الهيئة قالوا لى : انحلت من وثاقتك فآخذت سقاءنا فشربت منه ؟ قلت لا والله ما فعلته • ولكن كان كذا وكذا • قالوا لان كنت صديقة لديك خير من ديننا • فلما نظروا الى أسقيتهم وجبوها كما تركوها فأسلموا عند ذلك وأعلنوا اسلامهم • وأقبلت هى الى النبى صلى الله عليه وسلم فوهبت له نفسها بغير مهر فقبلها الرسول الكريم (ص) ودخل عليها • انظر حلية الاولياء وطبقات الاصفياء ج ٢ ص ٦٦ •

(١٠٥) يغشاها : اى يترددوا عليها لصلاحها وعلمها وتقواها •

(١٠٦) ورد فى سنن ابن ماجه • اما ابو جهم فزجل خراب للنساء انظر سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠١ •

(١٠٧) صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٤ — ١٦ باب المطلقة البائن لا نفقة لها • طبعة اولى •

(ب) أن يسلم من الاضطراب •

(ج) أن لا يوجد معارض له يجب تقديمه عليه •

وخبر فاطمة بنت قيس أم يتوفر فيه واحد من الشروط السابقة •
فهو محل طعن من السلف الصالح من أكابر الصحابة • علما بأنه ليس
من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة • ولا كونه أعرابيا فقد
قبلوا حديث أخت أبى سعيد الخدرى فى اعتداد المتوفى عنها زوجها
فى بيت زوجها مع أنها لا تعرف إلا فى هذا الخبر •

وقبل عمر بن الخطاب رضى الله عنه حديث الاعرابى • ومع ذلك
فقد طعن فى حديث فاطمة حيث قال : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا
لقول امرأة لا ندرى حفظت أم نسيت لها السكن والنفقة (١٠٨) •

الرد على هذا الطعن :

رد المستدلون بخبر فاطمة على هذا الطعن فقالوا :

أولا : هذا مطعن باطل باجماع المسلمين • للقطع بأنه لم ينقل
عن أحد من العلماء أنه رد خبر المرأة لكونها امرأة • فكم من سنن
قد تلقتها الامة بالقبول عن امرأة واحدة من الصحابة • وهو لا ينكره
من له أدنى نصيب من السنة •

ثانيا : أنه لم يرد عن أحد من المسلمين • أنه يرد الخبر بمجرد
تجويز نسيان قائله •

(١٠٨) شرح العناية على الهداية مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام

ج ٤ ص ٤٠٥ •

م ١٥ — حق الزوجين

ثالثا . أنه لو كان ذلك مما يفدح به ثم ييق حديث من الاحاديث النبوية الا وكان مقدوحا فيه . لان تجويز النسيان لم يسلم منه أحد . فيكون ذلك مفضيا الى تعطيل السنة بأسرها .

رابعا : أن فاطمة بنت قيس المذكورة . هي من المشهورات بالحفظ . كما يدل على ذلك حديثها الطويل في شأن الدجال . ولم تسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم . الا مرة واحدة يخطب به على المنبر . فوعته جميعا . فكيف يظن بها أن تحفظ مثل هذا الحديث الذي يتعلق بها .

خامسا : ان احتمال النسيان أمر مشترك بين فاطمة وبين من اعترض عليها .

سادسا : ان عمر نفسه . نسي قوله تعالى : « وآتيتم احدا من قنطارا » حتى ذكرته امرأة . ونسي قوله تعالى « انك ميت وانهم ميتون » (١٠٩) .

٢ — ومن الطعون التي وجهت لخبر فاطمة . القول . بأن سبب خروج فاطمة كان لفحش في لسانها . كما قال بعض من عايش القصة . من الصحابة .

الرد على هذا الطعن :

رد المستدلون بخبر فاطمة على هذا الطعن فقالوا : —

أولا : ان الله تبارك وتعالى قد أعاذ فاطمة من الفحش الذي رماها به فانها من خيرة نساء الصحابة فضلا وعلماء ومن المهاجرات الاولات .

ولهذا ارتضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه • أسامة بن زيد • رضى الله عنه •

ثانيا : أنه لو كان فيها شيء من ذلك لكان أحق الناس بانكار ذلك عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم (١١٠) •

هذا غير ما ورد عليه من اعتراضات نورد أهمها فيما يلي :

١ — ما روى عن عائشة رضى الله عنها • أنها قالت لفاطمة • ألا تتقى الله تعالى • يعنى فى قولها ألا نفقة لك ولا سكنى •

٢ — وروى عنها — أيضا — قولها لفاطمة • انما أخرجك هذا اللسان يعنى أنها استطالت على أحمائها • وكثر الشر بينهم • فأخرجها رسول الله صلى الله عليه وسلم • لذلك • هذا فضلا عن اعتراض كل من زيد بن ثابت (١١١) وسعيد بن المسيب والامام أحمد بن حنبل • هذا الى جانب الاضطراب الوارد بخصوص زمن تطليقها واسم مطلقها •

فقد ورد فى بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب • وفى بعضها أنه طلقها ثم سافر •

(١١٠) نيل الاوطار • شرح منتقى الاخبار • نشوكانى ج ٦ ص ٣٤١ الطبعة الأخيرة •

(١١١) زيد بن ثابت : هو زيد بن ثابت بن الضحاك الخزرجى • قدم النبى صلى الله عليه وسلم وله احدى عشر سنة • ومات بالمدينة سنة ٤٥ هـ وقال فيه النبى صلى الله عليه وسلم • افرضهم زيد • قال سليمان بن يسار • كان عمر وعثمان • لا يقدمان على زيد بن ثابت أحدا فى القضاء • أو الفتوى • أو الفرائض • والقراءة • وقال عمر بن الخطاب من اراد أن يسأل عن الفرائض • فليأت زيد بن ثابت • انظر طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٤٦ •

ونحن نرد على ذلك القول فنقول :

ربما يكون قد طلقها تطليقة واحدة أو اثنتين وهو حاضر • وبعد
أن سافر طلقها الثالثة • وهو غائب •

وورد أيضا في بعض الروايات ان اسم زوجها أبو عمر بن حفص
وفي بعضها أبو حفص بن المغيرة •

ونحن نرد على ذلك فنقول • ربما كانت الرواية الاولى قد عبرت
عن كنيته والثانية عن اسمه الحقيقي •

فاذا ثبت ذلك فانه لا يكون مضعفا للحديث •

تاويل ما ورد بخبر فاطمة :

أول ما ورد بخبر فاطمة محلا لرويه على الصحة فقل :

— ان عدم السكنى كان لما سمعت • وأما عدم النفقة فالن زوجها
كان غائبا • ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذي بعث به اليها •
فطالبت هي أهله كما جاء في صحيح مسلم • من أنه طلقها ثلاثا ثم
انطلق الى اليمن فقال لها أهله • ليس لك علينا نفقة • وذلك قال صلى
الله عليه وسلم لا نفقة لك ولا سكنى • على تقدير صحته لانه لم
يخلف مالا عند أحد • وليس لك على أهله شيء • فلم تفهم هي الغرض
عنه صلى الله عليه وسلم • فجعلت تروى نفى النفقة مطلقا • فوقع
انكار الناس عليها •

الدليل الثالث :

دليل عقلى •

وهو أن الملك في المصلحة البائن منتقى • فالزوج لا ملك له عليها •

والنفقة مرتبة على الملك • ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه (١١٢) •

الترجيح :

على ضوء ما سبق نستطيع القول بأن الرأي القائل بعدم استحقاق المطلق غير ائحامل للنفقة هو الرأي الراجح • وذلك لما يأتي :

١ — ورود نص صريح يؤيده • وهو حديث فاطمة • وأما ما قيل من أنه مخالف للقرآن الكريم فوهم • فإن الذي فهمه السلف من قوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » (١١٢) • هو ما فهمته فاطمة من كونه في الرجعة • لقوله تعالى « لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » (١١٤) لأن الامر الذي يرجى بعد ذلك هو الرجعة لا سواء •

وقيل أن المراد بالامر ما يأتي من قبل الله تعالى من نسخ أو تخصيص ولو سلم العموم في الآية لكان حديث فاطمة المذكور مخصصا له • وبذلك يظهر أن العمل به ليس تركا لكتاب الله العزيز كما يرى عمر حين قال : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أم نسيت •

ويبدو من قوله رضى الله عنه وسنة نبينا أنه أحاديث من السنة غير حديث فاطمة يخالفه • وقد قيل أن الأئمة قد صرحوا بأنه لم يثبت شيء من السنة يخالف قول فاطمة •

وقال الدار قطنى • السنة بيد فاطمة •

(١١٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٨ •

(١١٣) سورة الطلاق من الآية رقم ١ •

(١١٤) سورة الطلاق من الآية رقم ١ •

وقال ابن القيم • ونحن نشهد شهادة نسأل عنها إذا لقيناه أن هذا كذب على عمر • وكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم • وينبغي ألا يحمل الانسان غرط الانتصار للمذاهب والتعصب على معارضة السنة النبوية الصريحة الصحيحة بالكذب البحت (١١٥)

٢ — أنه في بعض الروايات التصريح بعد الاستحقاق للنفقة والسكنى (١١٦) •

٣ — عدم اتهام راوية هذا النجر في حق نفسها • أو في شيء يتعلق بها ولها فيه مصلحة وحاجة •

المطلب الثاني :

نفقة البائن الحامل •

إذا وقعت الفرقة بالعيب وكانت الزوجة حاملا فقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة لها (١١٧) عدا الامام الشافعي حيث خرج عن الاجماع وقال بعدم الاستحقاق للنفقة مطلقا •

حجة جمهور الفقهاء :

احتج جمهور الفقهاء على وجوب النفقة للحامل بما يلي :

(١١٥) نيل الاوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٤١ . . .

(١١٦) زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ١٥٧ •

(١١٧) فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٨ ، الفتاوى الهندية ج ١ ص ٣٨٤ ،

منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٦ ص ٣٠ شرح منتهى الارادات ج ٢

ص ٢٤٣ ، شرح منح الجليل ج ٢ ص ٤٤٠ •

أولا : الاستدلال من القرآن الكريم :

استدل الجمهور بقول الله تبارك وتعالى : « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » (١١٨) •

وجه ائدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى • نص صراحة على ايجباب النفقة للمطلقة الحامل • وبناء عليه تكون النفقة واجبة (١١٩) •

ثانيا : الاستدلال ائعقلى :

استدل الجمهور بدليل عقلى • فقالوا :
ان الحمل ولد المبين • فيلزمه الانفاق عليه • ولا يمكن الا بالانفاق عليها (١٢٠) •

هذا الدليل من قبل الجمهور يسهل الاعتراض عليه • فقد يقال ان الانفاق على الجنين ممنوع حقيقة • وان كان متصور حكما • لانه غيب • والامر الغيبى لا تتعلق به الحقائق المادية • ولذا • كان الاخرى • أن يقولوا : ان المرأة فى حكم الشئ المرهون الذى وضعه الزوج رهنا فى مكان الى أن يحين يوم الفكك • وذلك بوضع الحمل • والزوج فى هذه الحالة كالراهن الذى تعود عليه جميع منافع المرهون • وهو انجاب

(١١٨) سورة الطلاق • آية ٦ •

(١١٩) تفسير القرطبى الجامع لاحكام القرآن • ج ١٨ ص ١٦٦ •

(١٢٠) شرح منتهى الارادات • للشيخ منصور البهوتى ج ٣ ص

٢٤٨ • صورة مصححة على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الازهرية

بمصر •

المرأة له الولد • فطالما تعود على الراهن جميع منافع المرهون فانه يجب عليه أن يتحمل الانفاق عليه •

احتج الامام الشافعى لما ذهب اليه فقال :

ان الفسخ بالعيب يرفع العقد من أصله فيزول كل أثر ترتب عليه (١٢١) •

الترجيح :

مما سبق نرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء هو الذى نميل اليه • وذلك لما يأتى : —

١ — وجود نص قرآنى كريم فى هذا الامر • وهو قوله تعالى • « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » (١٢٢) •

٢ — ان قول الامام الشافعى رحمه الله تعالى • بأن فسخ العقد يزيل كل أثر ترتب عليه • قول جانبه الصواب • حيث أن العقد نم صحيحا فى أركانه وشروطه بارادتين متطابقتين اتجهتا الى إنشاء عقد الزواج بهدف الوصول الى آثار مشروعة وغايات مرغوبة • فاذا عرض ما يمنع استمرار تنفيذه • فان انقطاع الاثر يبدأ عند ظهور هذا المانع فقط دون أن ينصرف سبب امتناع استمرار العقد الى ما سبق ذلك من آثار • طالما كان نشود العقد فى القالب الذى حدده الشرع والقانون •

فما يقول به الامام الشافعى فى غير محله • وان كان يصح

(١٢١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٤٠ •

(١٢٢) سورة الطلاق آية ٦ •

الآخذ به في حالة ما إذا نشأ عقد الزواج باطلا من أساسه • فهنا يزول كل أثر ترتب عليه • لأن ما ينشأ عن الباطل باطل •

من يجب له النفقة

اختلف الفقهاء فيمن يجب له النفقة • الأم أم الحمل ؟

بالنظر في كتابات المالكية وما أثر عنهم وجدنا أن لهم في هذه المسألة رأيين : —

الرأى الاول : أن النفقة تجب للحمل نفسه لا الحامل • يؤيد ذلك قولهم • ان مات ابن الحامل في بطنها فلا نفقة لها من يوم موته • لأن بطنها صارت له قبرا (١٢٣) وهذا ما اختاره القرافي • أحد كبار فقهاء المالكية •

الرأى الثانى : أن النفقة تجب للحامل لا الحمل • يؤيده ما ورد من أن النفقة تستمر في حالة موت الحمل في بطن أمه (١٢٤) •

ومثل هذا ورد عن الشافعية والحنابلة •

ولكن الراجح عندهم هو وجوب النفقة للحمل لا للحامل • يؤيده وجوبها لها • أى الحامل • وهى ناشز (١٢٥) •

(١٢٣) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٥٨ •

(١٢٤) المرجع السابق •

(١٢٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ٢٤٨ ، نهاية المحتاج ج ٦ باب العيوب •

الترجيح :

مما سبق نرى أنه لا يمكننا ترجيح رأى على آخر • ولكن عملاً
بالرأين نقول :

أن النفقة تجب للاثنتين معا • الام والجنين • وذلك لاستحالة فصل
أحدهما عن الآخر • ولعدم ايصال أثر الانفاق عليه له الا بواسطة
الام • فهي لهما معا لا لواحد منهما •

ما يترتب على الخلاف السابق :

يترتب على القول بأن النفقة للحامل لا للحمل • أو للحمل لا للحامل
ما يأتي :

- ١ — أنه يصح ضمان النفقة •
- ٢ — أنه ان أعسر بها استقرت في ذمته •
- ٣ — أنها مقدرة •
- ٤ — ان مات الزوج قبل وضع الحمل تسقط النفقة • ان كانت
له •
- ٥ — يجوز البراء منها •
- ٦ — لها النفقة ان سافرت باذنه أو حجت •
- ٧ — يجوز تعجيل النفقة بغير حكم قضائي •
- ٨ — تملك النفقة بالتسليم (١٢٦) •

(١٢٦) الاشباه والنظائر • لجلال الدين السيوطي ص ٥١ طبعة
١٣٨٧هـ — ١٩٦٨م دار احياء الكتب العربية — مكتبة عيسى البابي الحلبي
وشركاه •

حكم جواز رد النفقة من البائن غير الحامل :

اختلف المالكية في ذلك وتعددت أقوالهم • كما يلي :

- ١ — قول يجيز الرد مطلقا •
- ٢ — وقول يرى عكس القول السابق •
- ٣ — وقول فرق بين أن يكون الاتفاق قد تم بحكم قضائي أم لا •
فإن كان قد تم بحكم قضائي • ردتها والا فلا •

والراجح • هو جواز الرد مطلقا • يؤيده ما ورد بحاشية الدسوقي:
من أن الفقهاء • اتفقوا على أن من أخذ مالا من رجل وجب له بقضاء
أو غيره • ثم ثبت أنه لا يستحقه • أنه يرد ما أخذه (١٢٧) •

وهذا في المطلقة البائن غير الحامل • حيث لا يجوز الاتفاق عليها
عند المالكية •

وقت الرد :

ترد النفقة من وقت الموت • سواء كان الميت هو الزوج أو
الزوجة (١٢٨) •

النفقة المترتبة على التفريق بالعيب في القانون •

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون
رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ على ما يلي :

(١٢٧) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٥٨ • لشيخ محمد عرفة الدسوقي •
دار احياء الكتب العربية •
(١٢٨) نفس المرجع السابق •

« المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً من تاريخ انطلاق »

الشرح :

يتضح من النص السابق أن المشرع قد قرر حق النفقة للمطلقة على مطلقها • وعمم في التعبير فشمّل الحامل وغير الحامل • وهو بدأ لم يستطع أن يجارى فقهاء الشريعة الإسلامية فيما أوردوه من بيان وتفصيل لهذه المسألة يصل بالنفس الى الاقناع التام ويقطع الشك باليقين •

والقانون حينما تكلم عن نفقة المطلقة بين الحالات التي تستحق فيها النفقة • وهى كما يلى :

١ — المطلقة بائناً لعيب فى زوجها كما هو نص المادة ٩ ، ١٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ •

٢ — المطلقة رجعيًا لعدم الانفاق • كما هو نص المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ •

٣ — المطلقة بائناً بسبب الزواج عليها بأخرى • مادة ١١ مكرراً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •

٤ — المطلقة بائناً بسبب اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما • مادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مع ملاحظة حكم المادة العاشرة من القانون المذكور معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •

٥ — المطلقة عند نظر الاعتراض على دعوتها للعودة لمنزل الزوجية مادة ١١ مكرراً ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مع ملاحظة أحكام المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ •

- ٦ — المصلحة بائنا لغياب زوجها أو لحيثه • المواد ١٢ ، ١٣ ، ١٤
من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ •
- ٧ — تفريق القاضي باللعان •
- ٨ — تفريق القاضي بالايلاء •
- ٩ — الخلع • ما لم تبرئ الزوجة زوجها من النفقة وقت الخلع
ويقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال •
- ١٠ — الميانة باباء الزوج عن الاسلام • بأن كان الزوجان غير
مسلمين وأسلمت الزوجة وعرض الاسلام عليه فامتنع وفرق القاضي
بينهما (١٢٩) •

واشترط القانون لاستحقاق النفقة ما يلي :

- ١ — أن تكون الفرقة قد حصلت بعد الدخول اذ لو كانت قباه
فلا تجب على المصلحة عدة • ومن ثم لا تجب على الزوج نفقة •
- ٢ — دوام احتباس المصلحة حتى نهاية العدة أو وضع الحمل لان
النفقة جعلت جزاء الاحتباس • والمصلحة محبوسة في حكم مقصود من
الزواج وهو الولد • اذ العدة واجبة في هذه الاحوال لصيانتها فتجب
النفقة •

واذا ادعت المصلحة امتداد الطهر فلها النفقة ما لم يحكم بانقضائها
ويكون القول قولها بعدم انقضاء عدتها مع يمينها •

أما اذا حكم بانقضاء عدة المصلحة بأن أقام الزوج بينة على اقرارها
بانقضاء عدتها برىء من النفقة • وتعتبر نفقة المصلحة ديناً في ذمة المطلق

من تاريخ الطلاق ولا يسقط دينها الا بالاداء أو الابراء • ولا تشمل دعواها مدة ماضية لاكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى • وهذا يرجع الى تحديد المشرع لمدة العدة بسنة تستحق خلالها المطلقة النفقة • ولا يمكنها المطالبة بنفقة ما يزيد عليها • وتبدأ من تاريخ حصول الطلاق • وهو ما ورد بنص المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •

وهذا التحديد ليس مأخوذاً من نص شرعى • كما يقول الاستاذ المستشار أحمد نصر الجندى • ولكن مأخذه ما ثبت من تقرير الطب الشرعى • وهو أن أقصى مدة الحمل سنة • وهو تحديد مناسب يمنع تلاعب المطلقات واحتيالهن لاخذ نفقة عدة بدون وجه حق • ولهذا لا يعدّ شرعاً تحديداً لمدة العدة • والا كان نسخاً لما هو ثابت بالقرآن الكريم • وتحديداً لمدة العدة بما لا يحتمل الاجتهاد •

والسنة الواردة في القانون المراد بها السنة الشمسية التى عدد أيامها ٣٦٥ يوماً • مادة ٢٣ من القانون •

ونحن نرى أن الحجة التى ساقها القانون لا مبرر لها • وانما انصح التعبير فهى احتيال على أحكام الشريعة الثابتة بالكتاب والسنة • التى حددت مدة العدة تحديداً عجز المشرع عن فهم غايته فلم يستطع أن يدرك الحكمة من وراء هذا التحديد • فاعتبر الامر عملية مادية بحتة • وهذه رؤية بشرية قاصرة •

حصول المطلقة على نفقة أزید من السنة :

بين المشرع فى المادة ١٨ من القانون رقم ٢٥ / ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ / ١٩٨٥ ما يجب على المطلقة اتباعه فى حالة حصول المطلقة على نفقة عدة تريد عن السنة المحددة لها بمقتضى نص المادة ١٧ من القانون السابق فقال :

« لا يجوز تنفيذ حكم نفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق • ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره الا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق » •

الشرح :

السنة المنصوص عليها — كما ذكرنا سابقا — هي السنة الشمسية التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما أعمالا للمادة ٢٣ من هذا القانون •

النص في المادتين ١٧ ، ١٨ من القانون صريح في أن المطلق لا تستحق نفقة قبل مطلقها — زائدة على ما تستحق عليه من نفقة — لعدتها الا في سنة ميلادية كاملة من تاريخ الطلاق • اذا لم تقر بانقضاء عدتها بسبب شرعى في أثنائها • فاذا نفذت بأى مدة تزيد على هذه السنة • وقبضت نفقتها فيها • تكون قد استولت على ما ليس من حقها • وقبضت ما هو من حق المطلق • ويكون له اللجوء الى القضاء • لاستصدار حكم يكف يد مطلقته عن التنفيذ بحكم النفقة أو بطلان المقرر لها عليه وله استرداد ما دفعه غلطا • أو بالتنفيذ الجبرى •

وقضى بأن النص في المادة ١٨ من القانون موجه الى المطلقة بالآلا تجرى تنفيذ حكم النفقة الا لمدة سنة من تاريخ الطلاق ويقابل ذلك غياع حق المطلق في رفع دعوى بابطال حكم النفقة الصادر لمطابقته • وإيقاف تنفيذه عما زاد عن مدة السنة • ويظل حكم النفقة الصادر لصالح المطلقة سندا بيدها يمكنها التنفيذ بموجبه مادام مطلقها لم يحصل من القضاء على حكم من شأنه كف يدها عن تنفيذ حكم النفقة • ومن ثم يكون الرأى القائل بأن حكم النفقة المشار اليه في المادة ١٨ يفقد قوته كسند تنفيذى بانقضاء سنة من تاريخ الطلاق — دون ما حاجة الى استصدار حكم بذلك — وأن خطاب المشرع في المادة المذكورة موجه الى الكافة بما فيهم المحكوم لها • والقائمون على التنفيذ •

والمحجوز تحت يدهم يكون قد أخطأ القانون (١٣٠) •

المبحث الخامس

الاحكام المتعلقة بحق المطلقة في المسكن

يعتبر حق المسكن من الامور التي تترتب على التفريق بين الزوجين
بالمعيب •

وهذه المسألة لم تخل من الخلاف بين الفقهاء • لذا افردنا لها
المطالب التالية •

المطلب الاول :

آراء الفقهاء •

يوجد في هذه المسألة رأيان •

الرأى الاول :

قال به ابن عباس والامام أحمد بن حنبل وأبو ثور، وداود •
والحسن البصرى • وعطاء • وابن أبى ليلى • وفيه يرون عدم استحقاق
المطلقة غير الحامل للمسكن (١٣١) •

وبه أخذ الامامية (١٣٢) وهو أحد قولى الاباضية (١٣٣) •

(١٣٠) نقض ٢٧ / ٤٣ ق س ٢٩ ص ٦٣٩ • مشار اليه بكتاب
الاحوال الشخصية للاستاذ المستشار أحمد نصر الجندى ص ٣٢٦ •

(١٣١) نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٤٢ •

(١٣٢) المختصر النافع ص ١٩٥ ، منهاج الكائين وبلاغ الراغبين
ج ١٦ ص ٣٦ •

(١٣٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ٦ باب العيوب •

حجة هذا الرأي :

احتج أصحاب هذا الرأي بما يلي : —

أولا : الاحتجاج من القرآن الكريم :

قال تبارك وتعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدتم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » (١٢٤) •

وقوله تبارك وتعالى : « لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » (١٣٥) •

وجه الدلالة من الآيتين الكريمين :

١ — أن ما ورد في هاتين الآيتين السابقتين راجع الى ما قبله وهي المطلقة الرجعية •

٢ — أن السكنى تابعة للنفقة • وجارية مجراها • فلما لم تجب للمبثوثة نفقة لم يجب لها سكنى (١٣٦) •

ثانيا : الاحتجاج من السنة الشريفة :

احتجوا من السنة الشريفة بحديث فاطمة بنت قيس • حيث أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم • بالاعتداد في بيت أم شريك أولا ثم أمرها بالتحول الى بيت ابن أم مكتوم •

(١٢٤) سورة الطلاق • من الآية رقم ٦ •

(١٣٥) سورة الطلاق • من الآية رقم ١ •

(١٣٦) تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن • ج ١٨ ص ١٦٧ •

والرسول الكريم هو المبين عن الله تبارك وتعالى مراده ولا شيء يدفع ذلك • ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم أعلم بتأويل قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (١٣٧) • هذا وقد سبق مناقشة هذا الخبر •

الرأى الثانى :

عدم استحقاق المطلقة غير الحامل للمسكن • وبه قال عمر بن الخطاب والجمهور عدا الحنابلة وهو أصح قولى الاباضية (١٣٨) •

حجة هذا الرأى :

أولا : الاحتجاج من القرآن الكريم :

قول الله تبارك وتعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (١٣٩) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى أمر بأسكانهم • وقال الامام مالك فى هذا الامر • يخرج الزوج عنها اذا طلقها ويتركها فى المسكن لقوله تعالى « أسكنوهن » فلو كان معها ما قال سبحانه « أسكنوهن » وهى فى المطلقات اللاتى بن من أزواجهن ولا رجعة لهن • وهن غير حوامل ، فلهن السكنى (١٤٠) •

(١٣٧) سورة الطلاق • آية رقم ٦

(١٣٨) نيل الاوطار للشوكاتى ج ٦ ص ٣٤٠ ، البحر الرائق ج ٤ ص ٢١٦ ، حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٤٥٨ ، منهاج الكالين وبسلاغ الراغبين ج ١٦ ص ٦٤ — ٦٦ •

(١٣٩) سورة الطلاق آية رقم ٦ •

(١٤٠) تفسير القرطبى ج ١٨ ص ١٦٦ •

الدليل الثاني :

قوله تبارك وتعالى : « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » (١٤١) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك أمر بعدم اخراجهن • وهذا يقتضى أن يكون بهن حق على الأزواج • ونهيه سبحانه عن خروجهن • أو اخراجهن • هو حق للزوج • وذلك لصيانة مائه وهذا معنى اضافة البيوت اليهن • ولا يفهم من احتباسها لصيانة مائه الا بقاءها في بيت الزوجية طوال فترة العدة (١٤٢) •

ثانيا : الاستدلال من السنة النبوية المشرفة :

احتج أصحاب الرأي السابق من السنة بحديث فاطمة بنت قيس حيث قالت : قلت يا رسول الله زوجي طلقني ثلاثا وأخاف أن يقتحم علي • فأمرها فتحولت الى بيت ابن أم مكتوم (١٤٣) •

وجه الدلالة من الحديث السابق :

أن فاطمة ما خرجت من بيت زوجها لعدم استحقاقها الاقامة في بيته • ولكن خوفا من اختلاط مطلقها بها • فطلبت من النبي صلى الله عليه وسلم • أن تنتقل من هذا المكان الى مكان آخر أكثر أمنا وطمأنينة •

(١٤١) سورة الطلاق آية رقم ١ •

(١٤٢) تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن ج ١٨ ص ١٥٤ — ١٥٥ •

(١٤٣) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٦

فأمرها الرسول الكريم • أن تتحول الى بيت ابن أم مكتوم تضع ثيابها
عده حتى تنتهى عدتها •

هذا وقد ورد عن الامام مالك رحمه الله تعالى قوله : واذا أبى
الزوج أن يعد لها المسكن أجبر على ذلك (١٤٤) • يؤيد هذا ما ورد على
لسان السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت : ان فاطمة كانت فى مكان
وحش مخيف على ناصيتها فلذلك أرخص لها رسول الله صلى الله عليه
وسلم •

الترجيح :

مما سبق ، نرى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الاول هو الاول
بالاعتبار • وذلك لذات الاسباب التى عرضناها بخصوص استحقاقها
النفقة (١٤٥) •

المطلب الثانى :

حق المطلقة البائن فى المسكن اذا كانت حاملا :

يختلف الوضع هنا عن الحالة السابقة • حالة عدم الحمل • حيث
يجب على المطلقة فى هذه الصورة — عند الفقهاء اتفاقا — أن يعد لها
مسكنا يضمها فى مدة العدة (١٤٦) • ولم يخالف فى ذلك سوى الأمام
أحمد رحمه الله تعالى •

(١٤٤) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٥٨ •

(١٤٥) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٥ •

(١٤٦) نيل الاوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٤٠ طبعة أخيرة ، مغنى
المحتاج ج ٣ ص ٢٠٥ ، حاشية ابن علبين ج ٣ ص ٦٠٩ ، المدونة الكبرى
نلامن مالك بن انس ج ٢ ص ٢٥٨ •

حجة الجمهور :

احتج الجمهور على وجوب المسكن للمطلقة البائن اذا كانت حاملا
بما يلي :

أولا : الاحتجاج من القرآن الكريم :

احتجوا منه بقوله تعالى : « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء
فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة • واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من
بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » (١٤٧) •

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

أن الله تبارك وتعالى نهى عن اخراجهن • وذلك يقتضى أن يكون
لهن حق • وقد ثبت حق البائن غير الحامل في المسكن فمع الحمل
أولى (١٤٨) • فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب السكنى للمطلقة الحامل
ثلاثا أو أقل (١٤٩) •

ثانيا : الاحتجاج العقلي :

احتج القائلون باستحقاق البائن الحامل للسكنى بدليلين عقليين :
أولهما : أن الزوجة محتبسة في حكم مقصود بالنكاح • وهو الولد :
اذ العدة واجبة لصيانة الولد (١٥٠) •

(١٤٧) سورة الطلاق آية رقم ١ •

(١٤٨) تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن ج ١٨ ص ١٥٤ - ١٥٥ •

(١٤٩) المرجع السابق ص ١٦٨ •

(١٥٠) الهداية شرح بداية المبتدى • لابي الحسن المرغيناني ج ٢
ص ٤٢ - ٤٥ الطبعة الاخيرة •

ثانيهما : أن السكتى فى بيت العدة حقها وحق الشرع (١٥١) • حتى
أنها لا تسقط • وإن كانت الفرقة من جهة الزوجة • ولو بمعصية منها •
لان القرار فى منزل الزوج حق عليها • ولا يسقط بمعصيتها • ولهمذا
فان لها السكتى بالاجماع (١٥٢) •

حجة الامام أحمد :

احتج الامام أحمد بن حنبل رحمه الله بحديث فاطمة بنت قيس
حيث قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم • لا نفقة لك ولا
سكتى (١٥٣) • وحمل الامام أحمد هذا الخبر على اطلاقه •

المطلب الثالث :

حق المطلقة البائن فى اجبار الزوج المطلق على استئجار مسكن لها
أو المصالحة عليه •

إذا ثبت حق البائن فى المسكن • فانه لا خلاف فى حقها فى البقاء
فى منزل الزوجية مادامت تأمن عدم تحرش الزوج المطلق بها ومضايقته
لها • أما إذا كان ليس بمقدورها الاستقرار فى هذا المكان • وهو الغالب
فى تلك الايام • حيث انتشر الفساد • وخربت الذمم حيث لا يوجد
من يؤتمن جانبه الا القليل النادر فانه يحق للزوجة إذا كان الامر كذلك

(١٥١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٣ ص ٦٠٩ الطبعة
الثانية •

(١٥٢) البحر الرائق • لابن نجيم الحنفى ج ٤ ص ٢١٧ • دار المعرفة
للطباعة والنشر • بيروت • لبنان •

(١٥٣) سنن ابن ماجه • لابی عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن
ماجه ج ١ ص ٦٥٦ باب هل تخرج المرأة فى عتبتها طبعة ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م •

أن تجبر الزوج على أن يكتري لها مسكنا آخر بعيدا عن المكان الذى يقيم فيه حتى تنتهى عدتها •

أما اذا ترك الزوج لها منزل الزوجية وآثر الابتعاد عنها حتى انتهاء مدة العدة ، فلا يحق لها أن تطالبه بتوفير مسكن آخر بعيدا عنه •

ويجب على الزوج • اذا كان المسكن مستأجرا • دفع الاجرة للمالك • حتى تنتهى عدتها (١٥٤) •

فان لم يكن عنده فانه عندها فان لم يكن عندهما فانه على الامير • هذا ما روى عن سعيد بن المسيب (١٥٥) •

ولو طلقها زوجها وهى فى منزل غيره زائرة كان عليها أن ترجع الى منزل زوجها المطلق أو المكان الذى أعده لها • لتقيم فيه حتى تنقضى عدتها (١٥٦) •

حكم المصالحة على السكنى :

اذا صالح الزوج مطلقته عن السكن على دراهم فان هذه المصالحة

(١٥٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم الحنفى ج ٤ ص ٢١٦ • دار المعرفة للطباعة والنشر • بيروت ، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين • لخميس بن سعيد بن على بن مسعود الشقصى الرستائى ج ١٦ ص ٦٦ • تحقيق سالم بن أحمد الحارس • القسم الاول • مطبعة الحلبي بالقاهرة •

(١٥٥) المدونة الكبرى للامام مالك بن انس ج ٢ ص ٤٧٣ •

(١٥٦) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين • لخميس بن سعيد بن على بن مسعود الشقصى الرستائى ج ١٦ ص ٦٦ • تحقيق سالم بن أحمد الحارس • القسم الاول • مطبعة الحلبي بالقاهرة •

لا تجوز • لأنها تؤدي الى ابطال حق الله تعالى • • حيث أن المسكن في بيت العدة • زيادة على كونه حقها • فإنه حق الشرع (١٥٧) •

ونحن نرى أنه لا مانع ولا حرج اذا تمت المصالحة على مال تأخذه الزوجة المطلقة من الزوج المطلق شريطة أن يكون لغرض ايجاد مسكن مناسب لها تأمن فيه اعتداء الغير عليها • فضلا عن أن في هذا تيسيرا على الزوج ودفعاً لبشقة البحث عن المسكن الملائم الذي تقيم فيه مدة العدة • خاصة في هذه الايام حيث أصبح العثور على مسكن ضرباً من ضروب المحالات فلا حرج من أخذ النقود المصالح عليها لاكتراء مسكن يبعد بها عن مضايقات مطلقها •

فقد أمر صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تتحول من بيت أم شريك الى بيت أم مكتوم • ولنا فيه صلى الله عليه وسلم القدوة الحسنة •

مسكن المطلقة بالعيب في القانون

(تنص المادة ١٨ مكررا ثالثا) على ما يلي : —

« على الزوج المطلق أن يهيئ لصغارة من ممتلكته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب . فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استثمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر — دون المطلق — مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة . ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها . فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار اليه حتى تفصل المحكمة فيها .

الشرح والتعليق :

تعرض المشرع في النص السابق للمادة ١٨ مكررا ثالثا . للحديث عن المطلقة الحاضنة دون أن يشير الى موقفه من استحقاقها للمسكن حالة عدم وجود محضون لديها . وهو الى جانب ذلك فانه قد اشترط لاستمرار الحاضنة في شغل مسكن الزوجية المؤجر مع المحضون الشروط التالية :

١ — أن يكون الصغير — أو الصغار — في سن الحضانة وقت الطلاق . (مادة ٢٠) .

٢ — أن يتحقق في الحاضنة شروط الحضانة عند الاجتياز .

٣ — أن تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة .

واقامتها بهذه الصفة مستمدة من القانون . فليس لها حق ذاتي على المسكن . لأنها إنما تستمد في شغله من أجل الصغير الذي في حضانتها . وهذا الاستغلال حق له على أبيه .

ولذلك لا يكون للحاضن على مسكن الحضانة سوى حضانة الصغير فيه . فلا يجوز لها أن تغير هذا الحق . وتستغل المسكن في أغراضها الخاصة . أيا كان هذا الغرض ولو كان مشروعاً فلا تؤثره للغير أو تغير استعماله . فإن فعلت فإنها تكون قد استغلت حق الصغير على أبيه فيما ليس مقرراً له . بل وتعدت عليه . فيكون لوالد المحضون منعها من استعمال المسكن في غير حضانة الصغير . لأن هذا من حق الأب سواء بصفته ولياً على نفس الصغير وماله أثناء الحضانة . أم بصفته صاحب حق على مسكن الزوجية الذي فيه الحضانة . ويكون للأب هذا الحق أيضاً ولو كان مسكن الحضانة قد أعد من مال الصغير وقد قضى بعكس هذا تأسيساً على أن الحاضنة تقوم باستغلال مسكن الحضانة كعيادة طبية أمر مشروع في ذاته . ولا يعد من أسباب إسقاط الحضانة . وهذا القضاء فيه مخالفة للنص . لأن المشرع لم يعط الحاضنة على مسكن الزوجية أي حق سوى حضانة الصغير فيه .

أما مشروعية تصرفها في المسكن في حد ذاته لا تقيم لها حقاً في التصرف في مال غيرها .

وإذا شغلت الحاضنة مسكن الزوجية ولم تقم فيه مع المحضون أو تركته لغيرها . انتفى شرط استمرارها في شغل المسكن مع الصغير .

٤ — ألا يكون الأب قد هيا — لصغاره ولحاضنتهم — مسكناً مستقلاً مناسباً . واستقلال المسكن ومناسبته يراعى فيه حال الأب يسر أو عجزاً . وقت تقدير قاضي الموضوع .

نص الفقرة الاولى من المادة بين الحكم اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا بمعرفة الزوج ، فاذا توافرت شروط استمرار الحاضنة والمحضون في شغل هذا المسكن شغلته والمحضون دون المطلق مدة الحضانة • يستوى في ذلك أن تكون الحاضنة أما أم غيرها من الحاضنات الوارد ترتيبهن في المادة ٢٠ من القانون •

وعبارة — دون المطلق — الواردة بالنص — تفيد أن المشرع أراد ألا يشغل المطلق مسكن الزوجية مع الحاضنة • وقد وردت هذه العبارة مطلقة لتشمل الحاضنة الام والحاضنة غير الام • والسبب في ذلك هو عدم الجمع بين المطلق ومطلقة منعاً للحرمة أو مع حاضنة أخرى تحرم عليه • وهذا صحيح في الشرع والقانون • ولكنها لا تنصرف بالنسبة لشغل مسكن الزوجية الا اذا كان اجتماع المطلق مع الحاضنة في مسكن الزوجية فيه حرمة •

هـ — ألا يكون للمحضون مال • لانه بغنى الصغير تندفع الحاجة فلا تجب نفقته على غيره •

وقد نصت المادة ١٨ مكررا ثانيا في فقرتها الاولى على أنه :
« اذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه » •

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ مكررا ثالثا • على أنه : اذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج أن يستقل به اذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء العدة •

اختار المشرع عبارة « مسكن الزوجية غير المؤجر » ليفتح الباب لحالات كثيرة غير الملكية • فالمسكن غير المؤجر قد يكون مملوكا للزوج • وقد يكون له عليه حق انتفاع بالسكنى وليست له ملكية رقبته • وقد يكون المسكن مملوكا لوالده أو لوالدته وأعطى له دون ايجار فالتعير بالمسكن غير المؤجر جاء أوسع بكثير من المسكن المملوك •

قرر المشرع أن تستقل الحاضنة بمسكن الزوجية غير المؤجر خلال فترة العدة . كما قرر حق الزوج المطلق في أن يستقل بهذا المسكن بعد انقضاء العدة اذا هيا للحاضنة والمحضون المسكن المستقل المناسب . وأطلق المشرع للزوج المدة التي يهيئ فيها لصغاره المسكن الملائم في أى وقت يستطيع بعد انقضاء العدة . فاذا هيا المسكن بعد سنة أو سنتين أو أكثر كان له أن يعود الى مسكنه . وتنتقل الحاضنة والمحضون الى المسكن المستقل الذى هيا لهم .

ولا يمنع النص الزوج المطلق من أن يهيئ المسكن المناسب قبل انتهاء العدة لان قصد الشارع هو تهيئة المسكن الملائم لحضانة أولاده . لانه المسكن البديل لمسكن الزوجية المؤجر فاذا تمت تهيئته قبل انتهاء العدة فقد تحقق قصد الشرع . ويجب أن يصار اليه وأن تنتقل الحاضنة والمحضون لشغله . هذا ويجب أن يلاحظ أن المسكن الذى تعطيه الهيئات للعاملين فيها لا يدخل في عداد مسكن الزوجية غير المؤجر لان هذه المساكن يراعى فيها العمل والوظيفة .

التعويض عن مسكن الحضانة :

نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة على أن : « يخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها » وقيل في تبرير هذا النص : أنه قد يكون للزوجة مكان عند أهلها . وتفضل أن تنتقل اليه مع محضونها . وتأخذ المقابل فنيسر لها هذا . وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى ان لم تخير أن يسقط حقها في أجر المثل .

ويراعى في تقدير التعويض عن مسكن الحضانة الظروف الآتية :

١ — حال الأب يسرا أو غسرا .

٢ — حال المحضون وسننه .

٣ — حال الحاضنة بالنسبة لما اذا كان لها مسكن مملوك لها
أو تقتفع بمسكن معين •

٤ — ظروف الاسكان في المكان الذي يتواجد به مكان الحضانة
ولا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة فيه اثراء الحاضنة
والمحضون على حساب والده •

ولقد أصبح مسكن الحضانة بمقتضى نص القانون رقم ١٠٠ لسنة
١٩٨٥ حقا لكل حاضنة أما كانت أو غيرها • وقد كان في ظل القانون
٤٤ / ١٩٧٩ حقا للمطلقة الحاضنة وحدها • ولذلك فإن النزاع على هذا
المسكن لم يعد محصورا فقط بين المطلق والمطلقة • وإنما امتد بعد
صدور هذا القانون الى أقارب الطرفين • لان الحضانة عند عدم
صلاحية المطلقة للحضانة تنتقل الى أم المطلقة فأم أمها • فأم الاب
وان علت فأخوات المحضون الشقيقات فأخوات الام • فأخوات الاب •
وهكذا الترتيب الوارد بنص المادة ٢٠ من القانون ٢٥ / ١٩٢٩ (١٥٨) •

ملاحظاتنا على ما سبق :

١ — يفهم من نص المادة ١٨ مكررا ثالثا • من القانون رقم
٢٥ / ١٩٢٠ والشرح الوارد عليها • أن المشرع لم يأخذ بما هو مقرر في
الشريعة الاسلامية بشأن استحقاق المطلقة — غير الحاضنة — للمسكن
خاصة اذا كانت حاملا • فهو يقرر بأن المطلقة ليس لها حق ذاتي في
المسكن • وإنما جعل لها ذلك لاجل حضانة الصغير ولذلك لا يمكنها

المطالبة بالمسكن ان لم تكن حاضنة • وهو بذأ تجاهل حقا قد قرر شرعا بمقتضى عموم قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » دون تعلق هذا الحق على وجود المحضون •

٢ — ان حق المطلقة الحامل — خاصة — فى المسكن هو حق الشرع فضلا عن كونه حق الزوجة • وذلك صيانة لماء الزوج واحتراما له •

٣ — أيضا خلط المشرع بين صاحب الحق وغيره • حين سوى بين الحاضنة وغيرها فى تقرير المسكن لها • وهو بذأ يعمل على اتساع دائرة النزاع بين المطلق ومطلقاته أو بينه وبين من يشغل هذا المسكن نيابة عنها • وكان حريا به ألا يشتد فى الشطط فيسلب من أصحاب الحقوق حقوقهم وينشئ لمن ليس له حق حقا •

تم بعون الله وتوفيقه

انى رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا في يومه الا قال في غده •
لو غير هذا لكان أحسن • ولو زيد كذا لكان يستحسن • ولو قدم هذا
لكان أفضل • ولو ترك هذا لكان أجمل • وهذا من أعظم العبر • وهو
دليل على استيلاء النقص على جملة البشر

المعاد الاصفهاني

المتوفى عام ٥٩٧ هـ

وبعد

فانى أهدي ثواب هذا العمل الى روح المصطفى صلى الله عليه
وسلم • والى روح « جدي » الذى وقف بجانبى دائما والى روح أخى
الذى مات شابا وهو يضحى من أجلى •

فبؤاد

- المراجع العلمية -

- ١ - القرآن الكريم - كتاب الله -
- ٢ - أحكام القرآن • لابی بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي • تحقيق على محمد البجاوى • ج ٣ طبعة ثانية • مكتبة الحلبي •
- ٣ - التسهيل لعلوم التنزيل للإمام محمد بن أحمد جزى النكلى ج ١ طبعة أولى ١٣٥٥ هـ مصحح على عدة نسخ محفوظة بالمكتبة المكية • مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية بالقاهرة •
- ٤ - السنن الكبرى للبيهقى • للإمام أبى بكر أحمد بن الحسن ابن على البيهقى المتوفى عام ٤٥٨ هـ وفى ذيله الجوهر المقتقى • للإمام علاء الدين على بن عثمان الماردينى • طبعة أولى • مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد بالهند ج ٧ •
- ٥ - اللباب فى شرح الكتاب • للشيخ عبد الغنى الغنىى الدمشقى ج ١ طبعة دار الحديث للطباعة والنشر • بيروت • تحقيق محمد أمين انقواوى طبعة رابعة فريدة ومنقحة عن عام ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م •
- ٦ - الدر المختار شرح تنوير الابصار • للإمام محمد علاء الدين الحصكفى طبعة ثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م مكتبة مصطفى الحلبي •
- ٧ - الهداية شرح بداية المبتدى • لابی الحسن على بن أبى بكر ابن عبد الجليل الرشدانى الميرغينانى ج ٢ طبعة أخيرة • مطبعة الحلبي •
- ٨ - الفتاوى الهندية • للشيخ نظام وجماعة علماء الهند ج ١ طبعة المطبعة الازهرية • دار المعرفة للطباعة والنشر طبعة ١٣٠١ هـ •
- ٩ - البحر الرائق شرح كثر الدقائق • للإمام زين الدين ابن نجيم الحنفى ج ٤ طبعة ثانية بالافست • دار المعرفة للطباعة والنشر • بيروت •

- ١٠ — المبسوط • لشمس الدين السرخسي ج ٥ طبعة ثالثة بالاوفست
١٣٩٨ هـ — ١٩٧٨ م • دار المعرفة للطباعة والنشر • بيروت •
- ١١ — الحجة على أهل المدينة • للامام محمد بن الحسن الشيباني
ج ٣ طبعة مطبعة المعارف الشرقية بالهند •
- ١٢ — الاحوال الشخصية • للامام محمد أبو زهرة • طبعة ثالثة •
دار السعادة •
- ١٣ — المدونة الكبرى • للامام مالك بن أنس الاصبحي ج ٢ طبعة
أولى بالاوفست • دار صادر بيروت •
- ١٤ — التاج والاكليل • مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب ج ٣
طبعة دار الفكر للطباعة والنشر — بيروت •
- ١٥ — الخرش على مختصر خليل • بهامشه حاشية الشيخ على
العدوي طبعة دار الفكر للطباعة والنشر • بيروت •
- ١٦ — المجموع شرح المذهب • التكملة الثانية للأستاذ محمد نجيب
المطيعي ج ١٥ • الناشر زكريا على يوسف •
- ١٧ — الاشباه والنظائر • للامام جلال الدين بن عبر الرحمن
السيوطي المتوفى عام ٩١١ هـ طبعة ١٣٨٧ هـ — ١٩٦٨ م دار احياء الكتب
العربية •
- ١٨ — الاشباه والنظائر لزين العابدين بن نجيم الحنفى • مطبعة
الحلبى •
- ١٩ — الام • للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ج ٣
طبعة كتاب الشعب •
- ٢٠ — السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار • للامام محمد
ابن على الشوكانى • المتوفى عام ١٢٥٠ هـ طبعة ١٣٩٠ هـ — ١٩٧٠ م •
مطابع الاهرام التجارية •
- ٢١ — المغنى • لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة
المتوفى عام ٦٣٠ هـ ج ٧ مع الشرح الكبير •
- م ١٧ — حق الزوجين

٢٢ — الفروق • للإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي
القراقي ج ٣ • طبعة عالم الكتب •

٢٣ — أصول الفقه الاسلامي • للاستاذ محمد زكريا البرديسي •
طبعة أولى طبعة جديدة بالافست ١٣٩٢هـ — ١٩٧٢م • دار الكتاب
العربي • بيروت •

٢٤ — الاسرة وقانون الاحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ •
للدكتور عبد الناصر توفيق العطار • استاذ القانون المدني • ووكيل
كلية الحقوق بأسسوط • الناشر • المؤسسة العربية الحديثة للطبع
والنشر والتوزيع •

٢٥ — المبدع في شرح المقنع • لابي اسحاق برهان الدين ابراهيم
ابن محمد بن مفلح ج ٧ طبعة ١٤٠٢هـ — ١٩٨٢م • المكتب الاسلامي
للطباعة والنشر • بيروت •

٢٦ — الشرح الكبير • لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة
المقدسي ج ٧ • طبعة جديدة بالافست مع المغنى ١٣٦٢هـ — ١٩٧٢م •
الكتاب العربي •

٢٧ — الفروع • للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح
ج ٥ طبعة عالم الكتب ١٣٨٨هـ — ١٩٦٧م مع تصحيح الفروع • للإمام
علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الصالحى الحنبلى •

٢٨ — السياسة الشرعية في اصلاح الراعى والرعية • لشيخ
الاسلام تقى الدين أحمد بن تيمية • قوبلت على أصول متعددة أجودها
مجموع فتاوى ابن تيمية • طبع الرياض ١٣٨٣هـ • المجلد الثامن •
المطبعة السلفية ومكتبتها ١٣٨٧هـ •

٢٩ — أعلام الموقعين عن رب العالمين • لابن قيم الجوزية • تعليق
طه عبد الرؤوف سعد • طبعة ١٣٨٨هـ مكتبة الكليات الازهرية •

٣٠ — القواعد النورانية الفقهية • لابن تيمية تحقيق محمد حامد •

٣١ — الكافي • لابي محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي • ج

١٦. طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م • المكتب الاسلامى للطباعة والنشر • بيروت •

٣٢ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الانصار • للفقير أحمد ابن يحيى المرتضى • ج ٣ المتوفى عام ٨٤٠هـ • الطبعة الاولى • مطبعة السعادة •

٣٣ - الازهار • لاحمد بن مرتضى بن الحسين المهدوى • مطبوع مع السيل الجرار للشوكانى ج ٢ •

٣٤ - المختصر النافع • لجعفر بن الحسن الجلى المتوفى عام ٦٧٦هـ طبعة دار الكتاب العربى • مصر •

٣٥ - التاج المذهب لاحكام المذهب • شرح متن الازهار فى فقه الائمة الاطهار • للقاضى أحمد بن قاسم العيسى اليماني الصنعاني • الطبعة الاولى ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م مطبعة دار الكتب العربية • عيسى البابى الحلبي •

٣٦ - المدونة الصغرى • للشيخ بشر بن غانم الخراسانى • طبعة أخيرة •

٣٧ - الايضاح • للشيخ أبى زكريا يحيى بن سعيد ج ٤ • طبعة ١٤٠٤هـ - ١٤٨٤م • سلطنة عمان وزارة الثقافة •

٣٨ - العقود المفصلة فى الاحكام المؤصلة • لابن سالم الشيباني ج ٣ طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م •

٣٩ - أحكام الاحوال الشخصية من فقه الشريعة الاسلامية • للشيخ محمد بن يحيى بن المطهر • عضو محكمة النقض العليا باليمن • الطبعة الاولى • طبعة فاخرة • دار الكتب الاسلامية •

٤٠ - المحلى • لابن محمد بن سعيد بن حزم المظاهرى ج ١ • طبعة بيروت • طبعة جديدة بالوفست •

٤١ - الاحكام الانسانية للأسرة الاسلامية فى الشريعة والقانون للدكتور زكريا البرى • منشأة المعارف بالاسكندرية •

٤٢ — المعاملات • دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون • للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ج ١ •

٤٣ — الخمر وسائل المسكرات • تحريمها وأضرارها • لأحمد بن حجر آل بوطامي البنعلی • قاضي المحكمة الشرعية بدولة قطر • الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ — ١٩٧٤م • الدار السلفية — الكويت •

٤٤ — المخدرات • بين الطب والفقہ • للدكتور أحمد طه ريان • دار الاعتصام للطباعة والنشر والتوزيع •

٤٥ — الاسلام والطب • للدكتور شوكت الشطی ج ٣ • طبعه جامعة دمشق •

٤٦ — الطلاق بين الاطلاق والتقييد في الشريعة الاسلامية • للدكتور محمود محمد علی • طبعة ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م •

٤٧ — التعريفات • لابی الحسن علی بن محمد علی الجرجانی • طبعة الدار التونسية للنشر •

٤٨ — المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی • تأليف العلامة • أحمد بن علی المغربي الفيومي المتوفى عام ٧٧٠هـ الطبعة الخامسة • المطبعة الاميرية بالقاهرة ١٩٢٢م •

٤٩ — تاريخ العلم ودور العلماء العرب في تقدمه • للدكتور عبد الحليم منتصر الطبعة الرابعة ١٩٧١م دار المعارف بمصر • مكتبة التجارية الكبرى • مصر • الطبعة التاسعة • ١٣٩٠هـ — ١٩٧٠م •

٥٠ — جواهر الاكليل • للشيخ صالح عبد السميع الآبی الازهری ج ١ طبعة دار احیاء الكتب العربية •

٥١ — حاشية ابن عابدين • للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ج ٥ ، ج ٤ ، ج ٣ ، ج ٢ • طبعة ثانية ١٣٨٦هـ — ١٩٦٦م • الحلبي •

٥٢ — حاشية سعدی الحلبي • مطبوعة مع فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٤ الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ — ١٩٧٠م • مكتبة الحلبي •

- ٥٣ — حاشية الدسوقي • للشيخ محمد عرفة الدسوقي ج ٢ مع الشرح الكبير • للشيخ أحمد الدردير • طبعة دار احياء الكتب العربية •
- ٥٤ — حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمحمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهونى • ج ٣ الطبعة الاولى ١٣٠٦ المطبعة الاميرية بولاق • أعادت طبعه مؤسسة دار الفكر للطباعة والنشر ببيروت • عام ١٣٩٨ هـ — ١٩٧٨ م •
- ٥٥ — حاشية الجمل على شرح المنهج • للشيخ زكريا الانصارى • ج ٤ دار احياء التراث العربى •
- ٥٦ — حكم تناول المخدرات والمفترات • وتداولها فى التشريع الاسلامى والقانون • تصدرها وزارة الثقافة • المجلس الاعلى للشئون الاسلامية • طبعة فاخرة • العدد السادس • الاستاذ عادل رسلان • مطبعة نهضة مصر عين عام ١٤٠٦ هـ — ١٩٨٥ م •
- ٥٧ — حلية الاولياء وطبقات الاصفياء • للحافظ أبى نعيم أحمد ابن عبد الله الاصبهانى • الطبعة الثالثة • طبعة ١٤٠٠ هـ — ١٩٨٠ م • دار الكتاب العربى • بيروت • لبنان •
- ٥٨ — دائرة معارف القرن العشرين • للاستاذ محمد فريد وجدى ج ٣ طبعة ١٣٤٢ هـ — ١٩٢٣ م •
- ٥٩ — دائرة المعارف • للاستاذ بطرس البستاني ج ١ طبعة أولى •
- ٦٠ — زاد المعاد فى هدى خير العباد • للإمام ابن القيم الجوزية ج ٤ الطبعة المصرية •
- ٦١ — سنن أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى • المعروف بابن ماجه • ج ١ مطبعة عيسى الحلبي •
- ٦٢ — سلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين بالامور التى تسمع الاستمتاع • للدكتور محمد رأفت عثمان • طبعة ١٤٠١ هـ — ١٩٨١ م • دار الطباعة المحمدية •
- ٦٣ — سير اعلام النبء • للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبى • الطبعة الاولى ١٤٠١ هـ — ١٩٨١ م • الناشر مؤسسة الرسالة •

٦٤ — شرح العناية على الهداية • للبايرتى • مطبوع مع فتـيح
التقدير للكمال بن الهمام ج ٤ الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ — ١٩٧٠م مكتبة
الحلبى بمصر •

٦٥ — شرح الوقاية فى مسائل الهداية • للامام غبيد الله بن مسعود
المعروف بـصدر الشريعة ج ٢ •

٦٦ — شرح منح الجليل • للشيخ محمد غليش ج ٢ مكتبة النجاح
بليبيا •

٦٧ — شرح منتهى الارادات • للشيخ منصور بن يونس بن
ادريس البهوتى ج ٣ نسخة مصححة على نسخة خطية محفوظة بدار
الكتب الازهرية •

٦٨ — شرح كتاب النيل وشفاء العليل • لمحمد بن يوسف أطفيش
ج ٦ طبعة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م مكتبة الارشاد •

٦٩ — شرح قانون العقوبات التكميلى فى جرائم المخدرات للدكتور
رعوف عبيد • الطبعة الرابعة ١٩٦٨م •

٧٠ — شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية • للعلامة محمد
مخلوف • طبعة جديدة بالافست • عن الطبعة الاولى ١٣٤٩هـ المطبعة
السلفية ومكتبتها • دار الكتاب العربى • بيروت •

٧١ — صحيح مسلم • للامام أبى الحسن مسلم بن الحجاج
القشيرى النيسابورى • المتوفى عام ٢٦١هـ ج ٧ الطبعة الاولى •

٧٢ — طبقات الفقهاء • للشيرازى طبعة ١٩٧٠م • بيروت •

٧٣ — طبقات الشافعية الكبرى • لتاج الدين أبى نصر عبد انوهاب
ابن تقي الدين السبكي • الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر •
بيروت •

٧٤ — الاجماع • للدكتور عبد الفتاح الشيخ عميد كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة • الطبعة الاولى ١٣٩٩هـ — ١٩٧٩م •

٧٥ — المصنف • للحافظ أبى بكر عبد الزراق بن همام الصنعائى

مع كتاب الجامع • للزدي ج ٦ منشورات المجلس العلمي • توزيع
المكتب الاسلامي • الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ — ١٩٨٣ م •

٧٦ — المخدرات في رأى الاسلام • للدكتور حامد جامع والعقيد
محمد فتحي عيد •

٧٧ — الاعلام • قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب
والمستعربين والمستشرقين • لخير الدين الزركلى • الطبعة الخامسة •
دار العلم للملايين •

٧٨ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع • للفييه علاء الدين
أبى بكر بن مسعود الكاسانى ج ٣ مطبعة الامام بمصر •

٧٩ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد • لآبى الوليد محمد بن أحمد
ابن محمد بن أحمد القرطبى ج ٤ طبعة ١٣٦٠ هـ — ١٩٧٠ م مكتبة
الكلية الازهرية •

٨٠ — تفسير القرطبى الجامع لاحكام القرآن • للامام محمد بن
أحمد الانصارى القرطبى ج ١٨ طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب
١٣٨٧ هـ — ١٩٦٧ م •

٨١ — تفسير فتح القدير للامام محمد بن على بن محمد الشوكانى
ج ٢ الطبعة الثانية •

٨٢ — تفسير النفسى : للامام عبد الله بن أحمد بن محمود
النفسى • مطبعة عيسى البابى بمصر •

٨٣ — تحفة التاج • للمحقق شهاب الدين أحمد بن حجر الهيئى
الشافعى ج ٧ • دار صادر • بيروت •

٨٤ — تصحيح الفروع • للامام علاء الدين أبى الحسن على بن
سليمان المزداوى الصالحى ج ٥ طبعة عالم الكتب •

٨٥ — تهذيب الاحكام • لآبى جعفر بن محمد بن الحسن الطوسى
ج ٧ •

٨٦ — تاج العروس من جواهر القاموس • لمحمد مرتضى الزبيدى
ج ٦ منشورات دار الحياة •

٨٧ — تاريخ بغداد • للحافظ أبى بكر أحمد بن على الخطيب
البغدادى ج ١٣ ، ١٤ دار الكتاب العربى • بيروت • مطبعة السعادة
بالقاهرة • على نفقة الخانجى بالقاهرة • والمكتبة العربية • بغداد •

٨٨ — الاحكام فى أصول الاحكام • للحافظ أبى محمد بن على بن
حزم الاندلسى ج ١ مطبعة العاصمة •

٨٩ — أصول الفقه • للاستاذ محمد زكريا البرديسى • طبعة
أولى •

٩٠ — كشف الاسرار • للبزدوى ج ٣ طبعة جديدة بالوفست
١٣٩٤هـ — ١٩٧٤م •

٩١ — المستصفى فى علم الاصول • للامام حجة الاسلام أبى
حامد الغزالى • الطبعة الاولى • المطبعة الاميرية • بولاق •

٩٢ — التفسير والمفسرون • لآبى عبد الله شمس الدين الذهبى
ج ١ •

٩٣ — النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة • لجمال الدين
الاتاكى • طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية •

٩٤ — ظاهرة تعاطى المخدرات • بحث منشور فى الندوة العربية
الدولية حول ظاهرة تعاطى المخدرات • للدكتور سعد المغربى • أستاذ
علم النفس بكلية الشرطة • المنظمة العربية الدولية للدفاع الاجتماعى •
المكتب الدولى العربى شئون المخدرات — القاهرة — ٤ — ١٠ مايو
آيار ١٩٧١م •

٩٥ — عون المعبود شرح سنن أبى داود ج ١٠ • للشيخ شمس
الحق • محفوظ بدار الكتب المصرية • كتبه محمد حفيظ الله عام
١٣١٩هـ •

٩٦ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى • للامام أحمد بن على
بن حجر العسقلانى • الناشر • دار المعرفة للطباعة والنشر • بيروت •

٩٧ — فتح الدقيير • للفقير كمال الدين بن عبد الواحد السيواسى

السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى ج ٤ الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ —
١٩٧٠ م .

٩٨ — فسخ العقد فى الشريعة الاسلامية • رسالة دكتوراة •
للدكتور أحمد على مرعى •

٩٩ — كشف الخفاء • لاسماعيل بن محمد العجلونى ج ١ مكتبة
التراث الاسلامى • دار التراث • حلب • سوريا •

١٠٠ — كشف الاسرار عن أصول البزدوى • المتوفى عام ٥٣٠ هـ
دار الكتاب العربى • بيروت • طبعة جديدة بالاوفست عام ١٣٩٤ هـ —
١٩٧٤ م .

١٠١ — كشف القناع عن متن الاقناع • للشيخ منصور بن يونس
ابن ادريس البهوتى ج ٥ طبعة ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م • دار الفكر للطباعة
والنشر • بيروت •

١٠٢ — مسند الامام أحمد بن حنبل ج ٣ طبعة المكتب الاسلامى •
بيروت •

١٠٣ مصطلح الحديث ورجاله • للاستاذ الدكتور محمد اسماعيل
أبو الريش أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بأسيوط طبعة ١٤٠٥ هـ — ١٩٨٥ م •

١٠٤ — مجمع الانهر وملتنقى الابرار • للفقير عبد الله بن الشيخ
محمد سليمان المعروف بداماد ج ١ مطبعة عامر ده أولتمشدر • دار
احياء التراث العربى •

١٠٥ — مواهب الجليل • لابی عبد الله محمد بن عبد الرحمن
المغربى • المعروف بالحطاب ج ٣ الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ — ١٩٧٨ م •
١٠٦ — مقدمات ابن رشد • ج ٥ طبعة أولى • مطبعة السعادة
بمصر •

١٠٧ — مغنى المحتاج الى شرح المنهاج • للشيخ محمد الشربينى
الخطيب ج ٣ طبعة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م • ومعه متن المنهاج للعلامة
أبى زكريا يحيى بن شرف الدين النووى • دار احياء التراث العربى •

١٠٨ — مجموع الفتاوى لشيخ الاسلام تقى الدين ابن تيمية
الحرانى المتوفى عام ٧٢٨هـ طبع بمعرفة صاحب المهمة العلمية والسيرة
المرضية • الشيخ فرج الله زكى الكردى الازهرى • مطبعة كردستان
العلمية • القاهرة ١٣٢٦هـ •

١٠٩ — منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين • ج ٢٦ للفقيه خميس بن
سعيد بن على بن مسعود الشقصى الرستاقى • تحقيق سالم بن أحمد
الحارسى • القسم الاول • مطبعة الحلبي بمصر •

١١٠ — موسوعة فقه عمر بن الخطاب • للدكتور محمد رواس
قلعجى • طبعة مكتبة النجاح • ليبيا •

١١١ — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد • لابن أبى بكر الهيثمى •
بتحرير العراقى وابن حجر عن نسخة حافظ أفندى أحمد مع المقابلة
المقابلة بنسخة دار الكتاب • مكتبة القدس سنة ١٣٥٢هـ •

١١٢ — مجلة الامن العام • العدد ٦٠ يناير ١٩٧٣م • بحث منشور
للدكتور أحمد محمد خليفة • رئيس المركز القومى للبحوث الاجتماعية
والجنائية ورئيس اللجنة الدولية للدفاع الاجتماعى بالامم المتحدة •
١١٣ — مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط • العدد الثالث •
طبعة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م •

١١٤ — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج • لابن شهاب الدين الرملى
ج ٦ • ومعه حاشية أبى الضياء الشبرايملى القاهرى • وحاشية أحمد
المقرئ الرشيدى • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ — ١٩٦٧م مطبعة الحلبي
بمصر •

١١٥ — نيل الاوطار • شرح منتقى الاخبار • للإمام محمد بن
على بن محمد الشوكانى • ج ٦ الطبعة الأخيرة •

١١٦ — نظرية العقد والارادة المنفردة • للدكتور عبد الفتاح
عبد الباقي •

١١٧ — نشرة الصحة الوقائية • بوزارة الصحة • قسم الثقافة
الصحية •

موضوعات الكتاب

أولاً : موضوعات البحث التمهيدي :

- ١ - ماهية العيب عند علماء اللغة •
- ٢ - ضابط العيب في الاصطلاح الشرعي •
- ٣ - تحكيم العرف في ضابط العيب •
- ٤ - شروط العيب •
- ٥ - أقسام العيوب •
- ٦ - أنواع العيوب •

ثانياً : موضوعات الباب الاول :

- ١ - العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين •
- ٢ - العيوب الخاصة بالرجل وحقه في التأجيل للمعالجة •
- ٣ - مفهوم العيوب التناسلية للرجل •
- ٤ - ثبوت الرد بالقديم والحادث من عيوب الرجل •
- ٥ - عيوب الرجل في القانون •
- ٦ - كيفية اثبات عيب الرجل •
- ٧ - عيوب الزوج التي تقبل التأجيل •
- ٨ - عيوب الزوج التي لا تقبل التأجيل •
- ٩ - تعقيب على تأجيل الاحناف للخصي •
- ١٠ - حكم ما لو جاءت زوجة المجهول بولد •
- ١١ - الأحكام المتعلقة بالتأجيل •
- ١٢ - المدة التي تضرب للعنين أو من في حكمه •
- ١٣ - علة تقدير المدة بسنة •
- ١٤ - حكم الموانع اللازمنية في احتساب المدة •

- ١٥ — التوفيق بين روايات أبي يوسف •
- ١٦ — موانع الاتصال الاختيارية وأثرها في المدة •
- ١٧ — وطء الزوج زوجته في ذبرها •
- ١٨ — اختلاف الزوجين في حصول الوطء •
- ١٩ — العيوب الخاصة بالزوجة وحقتها في طلب التأجيل •
- ٢٠ — مفهوم عيوب المرأة •
- ٢١ — كيفية اثبات داء الفرج بالمرأة •
- ٢٢ — زمن حدوث العيب بالمرأة وأثره في طلب التفريق •
- ٢٣ — حق المرأة في طلب المعالجة من العيب •
- ٢٤ — حكم ما إذا طلب أحد الزوجين المداواة وأبى الآخر •
- ٢٥ — العيوب المشتركة ومدى ثبوت الرد بها •
- ٢٦ — مفهوم العيوب العقلية •
- ٢٧ — العيوب العقلية الطبيعية •
- ٢٨ — العيوب العقلية المكتسبة •
- ٢٩ — العيوب البدنية المشتركة •
- ٣٠ — ثبوت الرد بالجذام والبرص •
- ٣١ — ثبوت الرد بالعيب التناسلي المشترك •
- ٣٢ — العقم وحكم الرد به •
- ٣٣ — التأجيل للمعالجة من العيب المشترك •
- ٣٤ — ثبوت الرد بالعيوب المشتركة المختلف فيها •
- ٣٥ — حكم ما إذا شرط شرطاً ذو صفة فوجد خلافها •

ثالثاً : موضوعات الباب الثاني :

- ١ — آراء الفقهاء في التفريق بالعيوب •

- ٢ — منشأ الخلاف وأسبابه •
- ٣ — الرأى الاول من آراء الفقهاء •
- ٤ — أدلة هذا الرأى •
- ٥ — الرأى الثانى من آراء الفقهاء •
- ٦ — أدلة هذا الرأى •
- ٧ — الرأى الثالث من آراء الفقهاء •
- ٨ — أدلة هذا الرأى •
- ٩ — تعليق ابن حزم على الاستدلال العقلى للجمهور •
- ١٠ — تعليق ابن حزم على الاستدلال العقلى للجمهور •
- ١١ — رأى القانون فى التفريق بالعيب •
- ١٢ — الرأى المختار •
- ١٣ — شروط التفريق بالعيب فى الشريعة والقانون •
- ١٤ — بيان زمن خيار العيب •
- ١٥ — هل الفرقة فسخ أم طلاق •
- ١٦ — معنى الفسخ •
- ١٧ — معنى الطلاق •
- ١٨ — الفرق بين الفسخ والطلاق •
- ١٩ — حق الزوج فى طلب الرد بالعيب •
- ٢٠ — الحالات التى يحق للزوج فيها طلب التفريق بالعيب •
- ٢١ — الحالات التى لا يحق للزوج فيها طلب التفريق بالعيب •
- ٢٢ — انكار الزوجة للعيب الذى يدعيه الزوج •
- ٢٣ — ادعاء الزوجة علم الزوج بالعيب أو رضاه به بعد العلم •
- ٢٤ — صور الاعلان بالعيب •
- ٢٥ — حق الزوجة فى طلب التفريق بالعيب •

- ٢٦ — الحالات التي يحق للزوجة فيها طلب الرد بالعيب .
- ٢٧ — الحالات التي لا يحق للزوجة فيها طلب الرد بالعيب .
- ٢٨ — انكار الزوج للعيب أو ادعاؤه رضا للزوجة به .
- ٢٩ — من له حق ايقاع الفرقة بين الزوجين في الشريعة والقانون .
- ٣٠ — العيوب التي يتوقف الفسخ فيها على وجود القاضي .
- ٣١ — حكم اشتراط فسخ القاضي في غير العيوب التناسلية .

رابعاً : موضوعات الباب الثالث :

- ١ — ما يلزم من التفريق بين الزوجين بالعيوب .
- ٢ — الاحكام المتعلقة بالمهر في الشريعة .
- ٣ — الاحكام المتعلقة بالمهر في القانون .
- ٤ — الاحكام المتعلقة بالمتعة في الشريعة .
- ٥ — الاحكام المتعلقة بالمتعة في القانون .
- ٦ — حق الزوج في الرجوع بالمهر على من غره .
- ٧ — آراء الفقهاء في هذه المسألة .
- ٨ — التفريق بالولي القريب .
- ٩ — حق الرجوع على الولي القريب .
- ١٠ — حق الزوج في الرجوع على الولي البعيد .
- ١١ — المراد من غيبة الولي .
- ١٢ — حكم الرجوع على الولي العام .
- ١٣ — جواز كتم بعض العيوب من جهة الولي .
- ١٤ — الاختلاف في علم الولي .
- ١٥ — الاحكام المتعلقة بحق الزوج في النفقة والمسكن .
- ١٦ — حق المطلقة في الإنفاق عليها .

- ١٧ — آراء الفقهاء في نفقة غير الحامل •
 - ١٨ — آراء الفقهاء في نفقة المطلقة الحامل •
 - ١٩ — رأى القانون في النفقة للمطلقة •
 - ٢٠ — الاحكام المتعلقة بحق المطلقة في المسكن •
 - ٢١ — آراء الفقهاء في مسكن المطلقة غير الحامل •
 - ٢٢ — آراء الفقهاء في مسكن المطلقة الحامل •
 - ٢٣ — حق المطلقة في اجبار الزوج على أن يستأجر لها مسكنا
أو المصالحة عليه •
 - ٢٤ — حكم المصالحة على المسكن •
 - وأخيرا رأى القانون في مسكن المطلقة •
- (تم بعون الله وتوفيقه)

رقم الايداع بدار الكتب

٨٨ / ٨٠٧

٨ - ١٠٧ - ١٢٣ - ١٧٧

دار النور للطباعة

في هذا الكتاب

قلما يخلو الإنسان من عيب .. فالنقص دائماً من صفات البشر والكمال وحده لله تبارك وتعالى .

والعيب لفظ جامع لكل أنواع العيوب سواء كانت عيوب أشخاص أو عيوب داخلية في نطاق دائرة المعاملات .

ونحن في هذا الكتاب — حق الزوجين في طلب التفريق بالعيوب — تناولنا النوع الأول [عيوب الأشخاص] بالعرض العام والتحليل العلمي والدراسة الدقيقة المتأصلة في القواعد والنصوص الفقهية الشرعية الخالدة وكتب القانون .
وتلك العيوب قسمان :

القسم الأول : عيوب طبيعية .. وهذه ثلاثة أنواع .. نوع خاص بالرجل .. كالجب [قطع الذكر] والعنة [ارتخاءه] والخصاء [رفع الخصيتين] .
ونوع خاص بالمرأة كالقرن [انسداد الفرج بعظم] والرتق [انسداد الفرج بلحم] والعفل [لحم في فرج المرأة] .
ونوع مشترك بين الرجل والمرأة .. كالجنون والجذام والبرص وقطع بعض الأجزاء من الجسد .

القسم الثاني : عيوب مكتسبة .. وهي عيوب ناتجة عن تعاطي وإدمان المخدرات كالخشيش والأفيون والهروين واللا . إل . إس . دي . L. S. D. .
وأبرز هذه العيوب .. العيوب العقلية والجنسية الخطيرة . ولعل السؤال الكبير الذي يجيب عنه هذا الكتاب . هو .. ماذا لو وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً من العيوب السابقة بعد الدخول أو قبله ؟ هل يحق للسليم طلب رد المعيب من المحكمة ؟ ما رأى فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه القضية ؟ وما موقف قانون الأحوال الشخصية ؟ وما هي شروط الرد أو التفريق ؟ وما ضوابط سلطة القاضي في ذلك ؟ وماذا لو طلب المعيب من المحكمة مدة للمعالجة ؟ وكيف تقدر هذه المدة ؟ وماذا لو انقضت والعيب باق ؟ وإن تم التفريق بالعيب طبعياً كان أو مكتسباً فما الآثار المترتبة عليه ؟

قضايا هامة وخطيرة تفرض نفسها بجدية والحاح بين حين وآخر في ساحات القضاء وفي مكاتب المحامين ؟

لذا رأينا من الضروري بل من الواجب علينا كمسلمين وإبنين للأزهر الشريف الإضطلاع بمهمة الإجابات والحلول ليكون كل ذي شأن على بينة من الأمر بعد جلاء الغموض الذي كان يكتنف هذا الموضوع .

● وعلى الله قصد السبيل ●